

論
説

死後認知と父子鑑定の進展

松
倉
耕
作

1 序 論

2 判例の展開

3 学説の対応

4 父子鑑定技術の進歩

5 むすびに代えて

1 序 論

(1) 本稿の対象と方法

本稿は、期間制限の面からみて、死後認知のあるべき方向を探究することを目的とする。論述にさいして、父子鑑定技術の進歩を前提にしている。この点において、先行する諸論稿とはアプローチが全く異なる。このような視

点から死後認知ないし認知訴訟を論じるのは、いまだ筆者のみであろう（本稿の前提となる文献として、拙稿「血統訴訟と父子鑑定の新しい波」判タ八三七号、一九九四年を参照）。具体的には、左記の主張と記述方法をとっている。

第一に、出訴期間の存置とその長さという点に視点を置けば、死後認知規定のうち、三年という出訴期間の制限は合理性を欠いているから、① 将来のあるべき姿として期間制限は無意味であり、これを削除すべきであり、② 解釈論としては、期間を徒過した場合にあっても、特別事情を認定するなどの方法により、出訴の途を拡げるべき旨を提言している。

その理由を一言でいえば、父子鑑定技術の進展により、父の死後、多年月を経過したあとも、父子関係を証明できる場合が著しく増加している、とすれば、出訴期間の制限を維持することは、相当ではない。規定の構造の面では、但書を削除することになる。この構造のもとでは、たとえ父の死後二〇年経過していても、原告（子ないしその直系卑属）にその旨の証明を許し、首尾よく父子関係の存在を証明できれば、原告である子の請求する認知訴訟（認知請求）を認容し、これを証明できなければ子が敗訴する、ということになる。ちなみに、母子関係についてであるが、他の夫婦の子と登録された者が、亡母との母子関係の確認を求めて認知請求したが、その旨の証明が十分であるとして、右の訴えが棄却された（たとえば、東京高判昭和62年7月30日判時一二四六号一二四六頁）。これと同様に扱えばよいのである。

第二に、「科学的父子鑑定」についていえば、出訴期間の削除、出訴制限の緩和という提案の前提には、父子鑑定に関する科学の進歩が背景となっている。すなわち今日では、かなりの場面で、父親が死亡した後であっても、子との父子関係の存在を証明することが可能ないし可能である場面が飛躍的に増大している。今日のような状況は、死後認知制度を新設した昭和十七年当時には、夢想だになかったことであろう。結論において本稿では、医学ないし科学の進歩を前提として、法律家のなすべき対応につき、各論的な提案をしているのである。

第三に、死後認知に係わる時事問題の一つとして、死後認知に伴う相続権の主張の制限についても触れている。この問題は、目下の課題である家族法の改正問題の一つとして取り上げられている。そこでの方向は要するに、死後認知に基づく財産権の主張（通例は相続権の主張）を制限しようとするものである。

死後認知は親子だけで問題となるわけではないが、説明の便宜上父と子とを念頭に置いて述べよう。改正案の主張は、比喩的にいえば、かつて存在した「扶養の父」の裏返しともいえるものである。「扶養の父」の制度のもとでは、財産の出捐を要求される扶養面では父と扱うが、身分（権）である身分登録面では父とは扱われなかった。前記の提案によれば、身分面では父と扱う（のであらうと思われる）が、財産面では父と扱うことを制限しようとしているからである。この面での筆者の結論は、明らかにされた「試案」の改正方向に疑問を提示し、一言でいえば、身分権と財産権とは分離すべきでない、と主張しているのである。

(2) 問題となる場面と論述対象の限定

(a) 扱う場面

第一に、非嫡出関係の発生問題に限定する。非嫡出子の問題は、大別すれば、親子関係の発生の方と、その効果の方という二つの面で問題となる。効果の方では、九四年七月公表の家族法改正要綱「試案」で取り上げられている、という意味での時事問題でもあるので、「むすびに代えて」において若干の結論を述べるにとどめた。

第二に、死後認知に関連する問題、とくにこれを巡る問題点一般、たとえば訴えの提起する相手方として検察官は相当か、訴訟の提起があれば正妻等の親族に通知をすべき旨の制度的な保障を設けるか、などの問題も重要であるが、本稿ではこれらの問題は扱っていない。私見の結論のみをいえば、どの程度まで血縁主義を志向するかにより、ほぼ必然的に決まってくる問題であらうと考えている。

第三に、中心として論ずるのは、死後認知にさいする出訴期間の制限の可否を、血縁主義への接近という視点から論述する。

第四に、本稿では従来の学説や判例に対する論及は余りしていない。その最大の理由は、論述の前提が異なるからである。補足しよう。筆者・松倉の提案の前提には、科学的父子鑑定についての認識を前提としている。しかし、筆者以外の論述は、その認識を前提とした記述をしていない、と思われる。とすれば、重大な前提の違いを捨象して既存の学説を批判することは、余り生産的ではないであろう。これまでの学説判例の位置づけを理解するのに必要な限度で論及するにとどめた。

第五に、七八七条但書による出訴制限は、すべての子に適用があることを前提として、記述する。周知のように、内縁中の懐胎子にあつては、出訴制限の適用がないという適用制限説が少数ながらみられる(我妻・親族法二四四頁、星野英一・判批法協六九卷一二号一七三頁)。しかし、この問題は、すべての子に制限が適用されるとの趣旨の判例が確立しており(たとえば、最判昭和44年11月27日民集二三卷一一号二九〇頁ほか)、筆者もまた、この結論を正当と考えるので、本稿でもその前提で稿を進める。

(b) 死亡した父の対応と国家の責務

① 生前にすべきであつたこと 父親としては、生前に認知をすべきであつたと批評することはできるが、子が死後に出生することも珍しくはない。生前に任意認知をしていないことを理由の一つとして、父子関係を発生させないことを正当化するのであれば、親子関係を純粋に財産関係の一権利と位置づけることに繋がる。その不当性は縷々述べるまでもないであろう。

② 父子関係の発生への法的な対応

死亡した父の一般的な意思を推測すれば(これを重視しすぎることも危険で

あるが、父子関係の発生を願っていることも少なくないであろう。仮に反対の意思であって、事実としての父子関係の存在することを、記録すべき登録（川わが国では戸籍簿へのそれ）に反映させるのが、国家としての責務であろう。事実の解明が困難である等の止むを得ない事由があるのであればともかく、それがないのであれば、事実を反映する仕組みを採るべきであろう。

2 判例の展開

裁判例の紹介にあたっては、時系列に従った記述ができることがベストであろう。しかし、公表される裁判例では、それを可能にする程の量ないし題材が不足している。とはいえ、若干の配慮をした。時間的な面でいえば、昭和57年最高裁判決以降のそれに重点を置いた。また、類型面でいえば、出訴期間を経過したのちにも出訴が可能とされる裁判例とその理論構成の点に、若干重みをかけて紹介している。

(1) テーマに直接係わる裁判例

第一に、分析の対象としての裁判例は、原則として最判57年以降のものに限定した。同判決は、周知のように、「特段の事情」が存すれば、期間経過後の出訴も可能と導いた。対象判決を限定した理由は、① 57年判決の出現により、それ以前の判例を扱う必要性に乏しい、② この判決の頃より、死後の父子関係の存在を証明する科学的鑑定が著しく進歩してきている、③ 本論文が右の②の事実を私見を導く大きな論拠としている、からである。

第二に、前掲最高裁判決57年以前にも、公表された裁判例がないわけではない。たとえば、東京高判昭和56年7月13日、家月二四卷九号七二頁、判時一〇一三号三四頁では、父が中華人民共和国籍である男性に対する（死後）

認知請求を求めた件について、父らしい言動（たとえば、命名、この生活費の支弁、実弟に対しても娘として引き合わせる、自己の氏を称させるなど）があったこと、血液型（内容不詳）や耳垢型ほかの検査結果からみて父子関係の存在する可能性がある、と結論づけて子からの認知請求を認容している（原審は請求を棄却している。その理由は不詳）。

右事例のように、期間内に出訴したケース、認知請求を認容したケース、という死後認知請求事件は、筆者の問題意識からは、立ち入って論じる必要のない種類の事件といえる。なぜなら筆者は、現行の三年という期間を経過したあとでも、父子関係を証明することが可能となる場合が増大しており、そのような場合には出訴を認めるべき旨を説いているからである。

(a) 最判昭和57年3月19日、民集三六卷四号四三二頁

結論において、三年の出訴期間の起算点を移行させた判決である。起算点移行の根拠を、いわば一種の特別事情の存在に求めたものと評価することができる。以下の紹介にあたっては、事実の概要、裁判所の判断、コメントの三点セットで説明する。

〔事実の概要〕

内縁夫婦間の出生子からの死後認知訴訟である。夫が出奔したあとに、以前に二人で作成してあった婚姻届を内縁の妻が提出・受理されている、父の死亡という事実を警察から連絡を受けた段階で、すでに三年の出訴期間が経過していたなど、若干特殊な事案である。一審では原告である子の請求が認められた。本件事案のもとでは、「但書を遵守することが不可能であつて、これを強いることが認知請求権者たる原告に酷であり、これを適用しないとしても法的安定性を訴外することが稀有であると考えられる」ことを最大の根拠とする。しかし、原審大阪高等裁判所は、訴えを不適法

と解した。そこで子が上告。

上告理由として、① 本件では法的安定性を害することはない（子は夫婦の子として戸籍に登録されていて、皆そのように遇してきたことを根拠とする）、② 原告は夫婦の子として登録されていたのであるから、「認知の訴えの出訴期間の遵守を求めるのは不可能を強いることになる」ことを強調する。

〔裁判所の判断〕 破棄・差戻し

原審は出訴期間を徒過した不適法な訴えであるとして、本件を却下したが、「〔父〕の死亡の事実が〔母〕に判明したのは、その死亡の日から既に三年一か月を経過したのであり、その間、上告人又は〔母〕が〔父〕の死亡の日から三年以内に認知の訴えを提起しなかったことはやむをえなかったものといえることができ、しかも、仮に右認知の訴えを提起したとしても、その目的を達することができなかったことに帰するところ、このような場合にも、民法七百八十七条但書所定の出訴期間を徒過したものとしてもはや認知請求を許さないことは、認知請求権者に酷に失するものといふべきである。右出訴期間を定めた法の目的が身分関係の法的安定と認知請求権者の利益保護との衡量調整にあることに鑑みると、本件の前記事実関係のもとにおいては、他に別段の事情が認められない限り、右出訴期間は、〔父〕の死亡が客観的に明らかになつた……から起算することが許される……」。

〔コメント〕

右の判決は、但書について例外を認めない先例（最判昭和44年11月27日民集二三卷一一号二九〇頁）を若干変更したものであり、実務に与える影響はともかく、学問的な意義は大きい。学説も結論において判決の見解を支持する者が大半である（たとえば、判例批評として、谷口知平・民商八八巻二二三頁、八三年、人見康子・ロースクール四四号八頁、八二年、小川栄治・法協一〇〇巻一二号一六三頁、八三年ほか多数）。

ちなみに、本件の原審判決は従来からの判例理論を踏襲している。参考のため、原審大阪高判55年8月28日を引用しておこう。「本訴は、民法七八七条但書の出訴期間を徒過していることも明らかである。そして、同上但書で認知の訴えの出訴期間を、父又は母の死亡の日から三年以内と定めているのは、父又は母の死後も長期にわたつて身分関係を不安定な状態におくことによつて身分関係に伴う法的安定性が害されることを避けようとするにあり、民法は、この制度について特段の例外を認めておらず、……特別立法によつて個別的に右制限規定の適用を排除していることに照らすと、父子関係が確実であり、父の死亡の事実を死亡の日から三年経過後に知り、かつ、父の親族において認知を希望しているような事情があるとしても、前記制限の例外を認めることは許されないと解すべきである」。

最後に、出訴制限について常に登場するのが、法的安定性である。右の判決も、期間制限の根拠がそこにあることを明言する。「身分関係に伴う法的安定性を害する」との点に言及するある裁判例の表現を借りれば、① 相続関係を含むすべての問題が解決され、② 妻や嫡出子などの近親者の生活が安定して平穩に営まれ、③ 世間一般も右の状態を正常なものとして承認して相当の期間が経過したのちに、④ 婚外子の存在という予想外の新たな事実の生起により、改めて相続関係等の処理につき修正を加える必要が生じることになる。⑤ それでは、平穩な生活関係や社会状態に波瀾を生ぜしめることになる。⑥ そのような事態も死後三年程度の間は、子の幸福という観点から、近親者も不都合を甘受すべきであるが、それ以降は事実状態を尊重すべきで、これを覆すことは許さない趣旨である（大阪高判昭和60年12月25日判タ五九九号六四頁）、と。

(b) 最判昭和57年11月16日、家月三五卷一一号五六頁、判タ四八七号二頁

結論において、死後認知を求める訴えを不適法とする。前掲最判57年3月19日と同様の事情にある事件にみえな

くもないが、判例は逆の結論を導いた点で注目される。

〔事実の概要〕

主題に則して簡略にいえば、死亡の事実を知ってから一か月以内に、かつ、死亡認識後三年以内に出訴しているが、死亡のときからはすでに三年以上(約五〇年弱)経過していたという事件である。知ったきっかけは、出生後四八年後に初めて真実を聞かされ、調査して始めて真実の父を知った。その時すでに父が死亡して三八年経過していた。そこで、父死亡の事実を知ったときから三年以内は出訴可能と解すべきであるとして、死後認知を訴求した。

上告理由の一つにおいて、憲法三二条違反をいう。すなわち、三年「の期間を経過すればその間に知、不知等いかなる事情が存しようとも非嫡出子の強制認知請求に関する権利を喪失することになり、とくに知らなかった場合にまでこの権利を喪失させるというのは、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われないと規定する憲法三二条に違反する」。つまり、出訴原因(本件では父の死亡の事実)を覚知してから期間の進行を認めるべきである、と主張しているわけである。

さらに、先例である前掲最判57年3月19日との抵触にも言及する。すなわち、先例によれば、父の死亡が明らかになつたときから起算することになる。本件では、父の死亡の事実を知ってからほぼ一か月以内に出訴しているので、出訴期間内に出訴していることになり適法であると。

〔裁判所の判断〕 棄却

「本件認知請求の訴えは、民法七八七条但書所定の出訴期間を徒過したのちに提起されたものであるから不適法であるとした原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はなく、右違法のあることを前提とする所論違憲の主張は、失当である。所論引用の判例は、事案を異にし、本件に適切でない。論旨は、いずれも採用することができない。」

〔コメント〕

まず、上記のように憲法違反の主張がなされている（上告理由第一点）。この点は、本判決も先例（最大判昭和30年7月20日民集九卷九号一二二頁）を踏襲することをいうのみで、別段の理由づけをしていない。本稿の目的からは遠ざかる問題であるので、これには論及しないこととする。

つぎに、先例との抵触について本判決は「事案を異にする」というのみで、全く説明がない。推測するに、先例では戸籍の上でも父の死亡の事実を知りうる状況になかったが、本件ではそれが可能であったことを重くみているようである（判例紹介として、佐藤義彦・民商八九卷二号二三頁以下、八三年）。

結局、本判決の出現により、但書の適用はきわめて例外であることが明らかになった。これは、機能的には、真実の血縁を表示する途をかなり狭いものとする働きがあるといえる。

(c) 大阪地裁岸和田支審昭和59年2月14日、判タ五二五号二八三頁（確定）

本件では、特別事情とは異なる理由から、期間経過後の出訴を適法と判断している。特殊な場面においてではあるが、認知以外の場面で、認知を擬制していることは、厳格な出訴制限を緩和する働きがあるであろう。

〔事実の概要〕

訴外A女と亡B男とは夫婦である。原告XはAとBの子であるが、婚姻届を提出・受理する二〇日程前に、母Aが出生届をしていた（すなわち、法律的には婚外子のままであったが、AもBもそれには全く気づいていなかった。戸籍にミスで長男と記載されていたことにも原因がある）。その後D男が出生したおりには、父Bはこの子を生二男と記載して出生届を提出し、戸籍上もその旨の記載がなされた。夫婦が離婚し、二人の子XとDとは母が養育していた。

Xが非嫡出子であることを知ったのは、出生から約二三年以上経過した時点で、本籍地の役場から、Xの父の欄の削除および続柄訂正の連絡を受けたからである。そこで調査したところ、父はすでに三年以上前に死亡していた。検察官を相手として認知請求したのが本件である（出訴の時点ではおよそ三年半を経過している）。

Xは主位的請求として、いう。本件のように戸籍の上の記載が真実に合致し、これらが一体となって身分関係が長い年月の間安定しており、かつ、実父の死亡の事実を知りえなかった場合には、出訴期間の制限は、その適用が排除されるべきである。

予備的請求として、いわく、亡父Bのした出生の届出（子Dを二男として届け出たそれ）は、原告に対する認知の効力がある、と。

〔裁判所の判断〕

期間経過後の認知請求である主位的請求は不適法として認めないが、予備的請求をいれ、原告Xと亡父Bとの間の親子関係の存在することを確認した。

「（七八七条）但書で認知の訴えの出訴期間を、父又は母の死亡の日から三年以内と定めているのは、父または母の死後も長期にわたって身分関係を不安定な状態におくことによつて身分関係に伴う法的安定性が害されることを避けようとするにあり、民法がこの制度について特段の例外を認めていないことに照らすと、特別立法……によつて個別的に右制限規定の適用が排除されない限り、父子関係が確実であり、父の死亡の事実を死亡の日から三年経過後に知り、かつ、認知請求を許さないとすることが認知請求者に酷になる場合が生じるとしても、前記制限の例外を認めることはできないと解するほかはない……。」

他方、予備的主張については、これを認めた。虚偽の嫡出子出生届について認知届としての効力を認めた先例がある（最判昭和53年2月24日民集三三巻一号一〇頁）。「右の趣旨をさらに一歩進めて、父が出生した子を二男として出生届をしたときには、当該届出の対象とされた子が自己の子であることを承認することのほかに、それに先行する長男を長男（すなわち自己の子）として承認する旨の表示が含まれていると解することも許容されるというべきである……。本件に

ついてみると、……DをBの二男とする出生届が戸籍事務管掌者によって受理され、戸籍上もその旨記載された以上、BがXをBの子として認知することの効力が生じたものと解するのが相当である。」

〔コメント〕

結論において判決は、原告Xの請求を認めている。しかし、本丸ともいうべき（死後）認知請求を認めたわけではない。判決の表現によれば、Xが「検察官である被告を相手としてXと（亡父）Bとの間に親子関係が存在することの確認を求める本件訴えは適法であり、かつ、その理由がある」としたものである（判例批評として、松本タミ・香川法学五巻一号一四一頁以下、八五年、西原諄・判タ五三六号一五八頁以下、八四年など参照）。

もっとも、事件はきわめて特殊の事例であるので、実務的な影響は殆どないに等しいであろう。その意味では、血縁主義を正面から志向する意図でなされた判決と評価することはできないであろう。

（d）福岡高判昭和60年7月2日、家月三七卷一〇号六七頁

本件は父の死後二六年目に再来日した、いわゆる中国残留孤児が、特別在留許可を得たのち、亡父の法律上の特別代理人となる検察官を相手として、認知訴訟を提起した事案につき、出訴期間の起算日を最初の来日時と解したうえで、認知訴訟を適法とし、請求の内容も認容した事件である。本判決も、前記最高裁判決ののち、最判理論を踏襲し、「特別事情」を認定し、訴え認容を導いたものである。前記最高裁判決以降において、出訴を適法と認めた最初の公表裁判例のようである（本判決は、いわゆる涉外事例である。判決は、「本件認知請求は（父）の本国法である我が民法の定める要件を備えれば許容されることとなる」という立場に立つので、涉外問題固有のそれには立ち入らず、その前提で議論を進める）。

〔事実の概要〕

本件の原告X男は、いわゆる中国残留孤児である。事実関係はかなり複雑であるが、ごく簡略に言えば、つぎのごとくである。X男は、亡A男（日本国籍）と母B女（中国籍）との同棲中の昭和一六年七月二九日出生。亡Aの死亡（昭和三年九月二五日死亡）したことは、日本在住の実兄からの手紙で知ったが、当時は日中間に国交がなかったことや、国交回復後もいわゆる文化大革命による混乱等のため、日本への入国が叶わなかった。その後、再来日した昭和五七年五月二五日に、検察官を被告として認知訴訟（死後認知請求事件）を提起したのが本件である。

一審判決は、右請求を認めていわく、「七八七条但書が出訴期間を定めた目的は、身分関係の法的安定と認知請求権者の利益保護との衡量調整にあると考えられるから、前記のような状態で……期間内に法の定める権利行使をなしえなかった認知請求権者である原告の利益は十分衡量されるべきである。しかりとすれば、……右但書の適用を否定し、……その起算点を日本への入国の時に繰り下げることが、憲法一三条、三二条等の要請に合致する妥当なものというべきであって、本件において、右のような措置を不当とするだけの身分関係の法的安定を害する事情は見当たらない……」ゆえに本件訴えは適法であり、「原告は〔亡A〕の子であるから、その旨の認知を求める本訴請求は正当である」（検事控訴）。

〔裁判所の判断〕

本判决は、一審判決（長崎地判昭和58年12月19日家月三七卷一〇号六九頁）と同様に、本件認知請求を適法と解し、かつ請求の内容をも認容した。その理由としていわく、「そもそも民法七八七条但書所定の出訴期間は、父または母の死亡が客観的に明らかとなり、かつ、子その直系卑属又はこれらの者の法定代理人において認知の訴えを提起することが可能な状況下にあったことを前提としているところ、本件にあつては、……異国にあるXが〔父〕の死亡を知つたのは昭和三〇年代の後半であつて、Xが〔父〕の死亡の日から三年以内に認知の訴えを提起することが事実上絶対に不可能であつた……右の事実には照らして考えると、Xが出訴期間を遵守しなかったことはまことにやむをえないものというべきであ

るから、本件……の出訴期間は、右の訴提起が不可能である事情が解消したとき、すなわち日中平和条約が締結され、Xが日本国に入国することができた昭和五十六年九月二一日を起算日とするのが相当である。そして本件訴えは、昭和五十七年五月二五日に提起されたのであるから、適法と言うべきである」(控訴棄却)。

〔コメント〕

本判決は、「特別事情」に基づく出訴を許容した前掲最判57年3月19日との関係には沈黙している。しかし、結論において、申し立てた孤児が「出訴期間を遵守しなかったことはまことにやむをえないものというべきである」と明言しているので、前提として最判のとり「特別事情」論を踏襲しつつ、かつ事案では特別事情が存在すると認定したものであろう。とすれば、前記の最高裁判決後において最初の公表判決であると位置づけることができる。特別事情の存在するさいの出訴期間の長さには答えていないが、この結論は支持できる(詳細は、拙稿「死後認知と出訴期間」判タ六一九号八〇頁、八六年参照。本件判批である)。

本件もまた、血縁主義の問題を論ずる素材とはなりがたい特殊な事案である。

(e) 大阪高判昭和60年12月25日、判タ五九九号六四頁

つぎの裁判例は、内縁関係の存在を論拠に、但書の制限を排除するかを問題にした事件である。学説にも、同様の主張をする有力説が存在するので、これを取り上げておく。

〔事実の概要〕

要するに、内縁中懐胎子については、出訴制限は不要であるから、三年の期間の経過後も出訴が可能との主張をした

ものである。

〔裁判所の判断〕

「法制度の趣旨、沿革等をかながみれば、現行民法七八七条ただし書の『父または母の死亡の日から三年』とあるのを『父又は母の死亡を知った日から三年』と拡張解釈することは、たとえ内縁中の懐胎子として父性の事実上の推定を受ける場合であっても、不当であるといわなければならない。

二 つぎに、控訴人は、『身分関係に伴う法的安定性が害される』とは、具体的にどのような場合を想定しているのか判然としない旨陳述するが、現に、父又は母の死後、その死に伴う相続関係を含むすべての問題が解決され、近親者（多くの場合は正妻と嫡出子）間の生活関係が全般的に安定して平穩裡に営まれ、しかも世間一般も、右状態を正常なものとして承認して相当の期間が経過しているところ、婚姻外の子の存在という予想外の新たな事実の生起により、改めて相続関係等の問題の処理につき修正を加えるということは、とりもなおさず長年月にわたり培われた平穩な生活関係や社会状態に波乱を生ぜしめ、その維持が阻害され、ひいては近親者のみならず社会一般の利益を損う結果が招来されることを指称するものというべきであり、かかる事態も、父又は母の死後三年程度の間は、子の幸福という観点から近親者をしてやむを得ないものとしてこれを甘受せしめ、それ以降はそれまでの事実状態を尊重すべきものとして、これを覆すことは許されない趣旨であると解すべきである……。」

〔コメント〕

まず、制限の趣旨につき、「結局、民法七八七条但書は、非嫡出子の立場と近親者の立場を調整し、父または母の死後三年間は客観主義に基づいて非嫡出子の福祉を優先させ、それ以後は近親者の立場を保護しようとするものであ」と位置づける。立法者の理解と異なる。

つぎに、内縁でも三年という期間制限の適用があることは、前述したように判例の見解が確立している。前記判

決も、この最判理論を前提としている。原告（控訴人）側は、三年の定めは、長期間経過に伴う立証の困難性という訴訟経済上の理由に基づく、という。訴訟経済を論拠にするのは疑問であろう。

さらに、法的安定性に関する判決の思考は、近時も主張される、死後認知にさいする相続権等の主張を制限するのと同種の考慮であろう（相続権の主張については、「むすびに代えて」を参照）。

(2) その他の関連する判決（参考判例）

出訴制限に直接係わるわけではないが、この問題を論じるさいに間接的に関係する若干の判決を挙げておく。

(a) 最大判昭和30年7月20日、民集九卷九号一一二二頁

認知事件の上告審においては、ことに死後認知規定と憲法一三条・一四条を争い、その後も繰り返し違憲の主張がなされている。そのリーディングケースともいうべき事件が本件である。この判決が出訴制限と係わるのは、原告が主張するように七八七条但書の規定が憲法違反であれば、但書の適用がなくなり、その結果として死後三年という制限がなくなることになるからである。

〔事実の概要〕

要するに、父母の内縁中に懐胎・出生した事案につき、三年の出訴期間を徒過した子が、規定の憲法違反を理由に、期間経過後の出訴を認めるべし、と主張した事件である。

〔裁判所の判断〕

ことに憲法違反については、「認知の訴え提起の要件をいかに定めるかは立法の範囲に属する事項であって、法律が認知の訴えの提起につき、父又は母の死亡の日から三年を経過した場合は、これをなし得ないこととする規定を設けたことは、身分関係に伴う法的安定を保持する上から相当と認められ、何等憲法に違反するものではない。また、憲法一四条違反を主張する点は、民法七八七条但書の規定は、認知の訴えの提起に関し、すべての権利者につき一律平等にその権利の存続期間を制限したものであって、その間何ら差別を加えたものとは認められないから、所論は前提を欠き、上告理由としては不適法である」。

〔コメント〕

結論において民法の規定が違憲ではないという結論は筆者も支持するが、一四条についての合憲の理由づけはかなり不親切である。上告理由の趣旨は、嫡出子と非嫡出子との区別があることを違憲といっているのであるから、その点への言及が欲しいところである。

つぎに、出訴期間を徒過した事情についていえば、本訴訟に先立って、出訴期間内に認知訴訟が提起されていた。担当弁護士之急死等の事情で、訴えの取り下げとみなされたという気の毒な事件である。「重大な事由」があれば出訴期間の延長を認める旨の規定のあるスイスなどにあっては、期間徒過後の訴えの提起も適法と扱われるような事件である。筆者が「特別事情」を認めて、期間経過後の出訴を認めるべきと考える典型的な例である。

(b) 最判昭和57年7月15日、判タ二五一号一六〇頁、判時五九七号六四頁

父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方は、検察官を相手方として、死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴えを提起することができると説いた判例である（補足意見および反対意見がある）。

〔事実の概要〕

論点に即して、いと簡略に記せば、実母と称する者が、すでに死亡している子（戸籍上は他人の子と届け出られていた子）について、検察官を相手として、母子関係の確認を求めて訴訟を提起したものである。原判決は先例（最判昭和34年5月12日民集一三巻五号五七六頁）を引いて、この訴えを不適法と解した。原審は、要するに、訴外（A子）との間の母子関係の存在の確認を求める請求を、過去の法律関係の確認を求めるものであるから不適法である、と解釈した。母が上告。

〔裁判所の判断〕

結論において、一定要件を満たす出訴を適法と解する。いわく、「およそ、父母と子との間の親子関係存否確認の訴は、右三者がいずれも生存している場合はもとより、父母のいずれか一方が死亡した場合において親子関係存否確定の利益がある以上、人事訴訟手続法、ことに第二章親子関係に関する手続規定を類推して右訴を認めるべきことは、当裁判所の判例とするとところである……。

ところで、親子関係は、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方にとつて、身分関係の基本となる法律関係であり、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求める必要がある場合があることはいうまでもなく、戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法一六条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められるのである。人事訴訟手続法で、婚姻もしくは養子縁組の無効または子の認知の訴えにつき、当事者の一方が死亡した後でも、生存する一方に対し、死亡した当事者との間の右各身分関係に関する訴えを提起し、これを追行することを認め、この場合における訴の相手方は検察官とすべきことを定めている……のは、右の趣旨を前提としたものである。したがって、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、右人事訴訟手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起し、これを追行することができ、この場合における相手方は検察官とすべきものと解するのが相当である。この点について、当裁判所がさきに示した見解（……、昭和三四年五月二日第三小法廷判

決、民集一三卷五号五七六頁）は変更されるべきものである」（補足意見、五名の反対意見がある）。

〔コメント〕

本件で判例変更された。すなわち、かつての大審院以来の判例理論によれば、父母の両者または子の一方が死亡したあとには、生存する一方が検察官を相手として、実親子関係の存否確認（逆にいえば親子関係の不存在確認）の訴えを提起することは、認められないと解されていた。その根拠は、① 検察官を相手方となしうる人訴法二条三項を類推適用すべき根拠がない、② 過去の法律関係の確認を求める不適法な訴えである、という二点を根拠とし、主な論拠は前者にあったと理解される。もともと、判決理論でも、出訴の要件として単なる過去の法律関係ではなく、その法律関係を前提とする法律上の争いがあることが要求されるのは、今日の確認訴訟の構造からすれば、当然のことであろう（関連判決として、最大判昭和45年7月15日民集二四卷七号八六一頁、同旨、最判昭和47年4月6日判タ二七七号一四三頁では、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後であっても、生存する一方は、検察官を相手方として、死亡した一方との間の父子関係の存否確認の訴えを提起することができるものとされる）。

今後、本判例の射程範囲が問題となる。一般的にいえば、真実と「登録」の乖離を修正できるのが民法の基本と位置づけた、といえるからである。もともと、本判決の事案は「母子関係」の確認に関する。「父子関係」のそれは、後述する最判平成2年で扱われる。

(3) 判例の動向と若干のコメント

以上の簡略な素描から、判例の動向を通じて、左記のことが明らかとなった。

(a) 全体の動向

これら判例を概観して、出訴期間の経過後に認知訴訟なり父子関係確認訴訟なりが適法と扱われるのは、きわめて限られていることが明らかとなった。しかも、後述(b)に示すように、経過後の出訴が認められる類似事例の登場する余地も、殆どないことが知れる。

(b) 三年経過後の出訴が許される場面

判例によるかぎり、三年の出訴期間の経過後にあっても出訴が許されるのは、左記の①と②の場合に限られる。

① 特別事情のある場合 最判57年3月19日前掲や、福岡高判60年前掲の、いわゆる中国孤児事件のような、きわめて特殊な場面で認められているにすぎない。判例の考える特別の事情とは、出訴しなかったことにつき止むを得ない事情のある場合を意味すると理解してよいであろう。いずれの事件も、余り出現する可能性のない事件である。ことに、判例57年3月19日のような前提をとるかぎり、とくにそうである。

② 認知擬制行為の認容 岸和田支審59年前掲では、二男と記載して届けたという事実から、長男の認知も含まれるという擬制を導いた。これまた、かなり特異な裁判例であって、今後も同種の事件が続出するという可能性は余りどころか、殆どないというに近い。

③ 出訴期間の経過後に、「親子（父子）関係存在確認請求」をすることは可能か。判例は、そのようなルートを否定する。いわく、「嫡出でない子と父との間の法律上の親子関係は、認知によつてはじめて発生するものであるから、嫡出でない子は、認知によらないで父との間の親子関係の存在確認の訴えを提起することができない。」と（最判平成2年7月19日判時一三六〇号一一五頁）。認められるためには、たとえば前記②に挙げた判決のように、一種の認知擬制行為が必要ということになる。

右の見解は、判例の確立した見解と思われる。もっとも、裁判例のなかには、確認の意義につき、法律上の親子関係の存在の確認を意味し、事実上の父子関係の確認は除外されるとも読める例もみられる（東京高判昭和50年2月5日判時七七号四八頁。親子関係存在確認請求控訴事件）。狭すぎる解釈ではないだろうか。

④ 未成年者の場合には、分別のついた成年に達してから三年以内と解釈すべきである（前掲最判57年11月16日事件の上告理由でもこれを主張）との主張の当否。政策的には、一つのあり方であろうが、代理制度があり代理人により黙示であれ意思表示されたものと擬制されるとすれば、明文規定がなくては、このような結論を解釈として受け入れることは、かなり難しいであろう。

もっとも、「特別法」適用事件においては、特別法施行の日の前から父の死亡を認識していた事件において、父の死亡の事実を知った日（この日が同法施行前ならば同法施行の日、すなわち二十四年六月一日）から三年内にして、かつ死亡の日から一〇年内に認知訴訟を提起する必要がある。父の死亡は同法施行の前に認識していたから、三年の期間と同法の施行とともに進行する事件において、特別事情を認めて、出訴は適法、認知請求も認容した例がみられる（大阪地判昭和33年2月27日家月一〇巻五号四四頁）。

判決が特殊事情と認定したのは、① 母も戦前に死亡しており、後見人が就職したのが出訴の半年前である（この時点で三年は経過していた）、② 特別法施行のときには原告（子）は一歳未満であるだけでなく、精神的にも発育不良であった、という二つの理由による。さらに、今後の議論との関連では、一五歳から三年の期間の起算を認めたことである（この時期から起算すると、本件では三年内の出訴という要件を満たすことになる）。一五歳の根拠は遺言能力と代諾養子の同意に関する規定などから導いたものである（特例法を適用したその他の例として、たとえば、高知地判昭和31年9月10日下民集七巻九号二四九頁、京都地判昭和31年6月25日下民集七巻六号一六四一頁など参照）。

(c) 真実主義からみた合理的解決

最判平成2年前掲を契機として、三年の期間（七八七条但書）を経過したのちに、親子関係確認、すなわち父子関係の結合を導く途をさぐる見解も有力である。解釈技巧によりそのような結論を導くことも不可能ではないであろうが、七八七条但書を無視することには変わりがない。

しかし、血縁主義に接近するルートを閉ざすこともまた不合理である。この二律背反する課題を解決するには、判例理論の拡大を期待するよりも、早急な立法による解決によるほかないであろう。

3 学説の対応

学説の紹介にさいして、本稿の記述する範囲に関して、お断りすべき点がある。本稿の冒頭にも述べたように、父子鑑定技術の著しい進展は最近一〇年程の間の変化である。筆者は、この進展を大きな論拠として、出訴期間の制限を廃止すべき旨などを提言している。ところが、今日の民法学会においては、科学的父子鑑定についての理解はないに等しい、のではないかと思われる（たとえば、死後認知について書かれている、石川教授の後掲二論文、岡光・後掲論文は、いずれも八〇年代に入ってから書かれているにもかかわらず、「DNAレベルでの科学的父子鑑定」への言及は全くない。その他、学生向けの解説書であるが、今年すなわち九五年出版の『家族法判例百選』（第五版）収録の諸論稿にあっても同様である）。

ところが、筆者の提言は、法医の領域での科学的父子鑑定の進展を前提として論じている。このような状況のもとで、従前の学説を子細に比較し検討・分析することは余り意味のあることではない。そこで、以下の学説の紹介にさいしては、① 主要な学説の概要と、② 血縁関係をどの程度重んじているか、ないしは重んじることになるか、という二点に視点をおいて紹介するにとどめる。とくに、後者②の点は、従前の学説が積極的な意識を欠いて

いたと思われる。

(1) 従来の主な学説

期間制限のありようについて、つぎのような学説ないし主張がみられる。純然たる解釈論にとどまらず、立法論にも及んでいるが、論ずる参考となるので、若干紹介してみよう（ちなみに、注釈民法においても、死後認知についての説明は、わずかに一頁ほどみられるにすぎない。なお、認知制度に係わる基本的文献として、その成立史に踏み込んで素描する比較的最近のそれとして、石川稔「認知——意思主義と事実主義との対立を中心として——」『民法講座7』所収、四八九頁以下参照、八四年）。

(a) 期間制限緩和論について

① 早期安定重視説 現行法が期間制限を置くことを問題とし、事案により（たとえば、内縁中の懐胎子について）期間制限を排除すべき旨を主張する見解もみられる（学説については、利谷信義・注民（22の1）七一年、二八三頁に示されるそれを参照されたい）が、身分関係を早期安定させる必要のあることを考えれば、三年の期間は遵守されるべきとする見解である。

第一に、この説の論拠を補足すると、もし期間制限を廃止すれば、いつまでも死後認知の訴えが提起でき、これにより後年、かなり長い年月を経過したあとで父子関係が成立する場合も生ずる。そのようなことを許容するとなると、身分関係が不安定になる。とくに例示されるのは、(1)「例えば、相続による遺産分割をやり直すといった問題が起きる」、(2)「のみならず、そもそも父死亡後の訴えにおいては事実上父側の言い分が十分反映されずに真実の蓋然性の見せかけによって裁判がなされるおそれが全くないとはいえない。」という二点である（たとえば、岡光

民雄「死後認知の訴えと出訴期間の制限」民事研修三八五号一五一六頁、八六年。

第二に、結局この説のもとでは、現行規定を存続するということになる。では、血縁主義の視点からみればどうであろうか。この学説が最も重視する身分関係の早期安定には奉仕するであろう。他面において、事後に真実の血縁関係が明らかとなっても、これを法律関係に高める途を完全に遮断するわけであるから、真実主義からはもっとも遠ざかる危険を秘めている、と評価することができる。

② 差別廃止・期間弾力運用重視説 出訴制限は「嫡出子と非嫡出子とを差別するものである」という基本認識から出発し、立法論としては但書の削除、解釈論としては三年の出訴期間を嚴格に適用する判例の見解には批判的である（とくに、石川稔「民法七八七条但書と認知請求訴訟・父子関係存在確認訴訟——最高裁判平成二年七月一九日第一小法廷判決を中心にして——」法学研究六四巻一二号九頁以下、九一年参照）。

第一に、石川教授の別論文（前掲『講座』収録論文）によれば、「死後認知の訴の提起を無制限に認めることは証拠が不明確になることが出訴制限を定めた理由の一つとされているが、この問題は証明責任の問題として処理すれば足りることである」という。結論を導く前提（石川教授は右の差別廃止の必要性を前提に据えるのに対して、筆者・松倉は但書の合理性を疑問とみる）が異なるが、立法論と解釈論にかかわる部分の結論は、たまたま筆者と同じと思われる（もっとも、「第二」に述べるような違いが生ずるであろう）。

第二に、血縁主義への途についていえば、解釈論の領域では、「絶対遮断」をさけて弾力的な運用をいうのであるから、真実の血縁への余地を残した見解と評価できる。この見解の今後の問題としては、どのような場面で「期間経過後の出訴を許容するか」という問題であろう。他方、立法論の領域では、但書の削除であるから、出訴期間については生前認知と同じ扱いとなる。とすれば、真実の血縁へ通じる途は今日より著しく広がることになる。

残る問題としては、真実への途に至るための道具ないし制度的な保障をどうするかということが、裁判の課題で

あろう。その位置づけにさいしては、右に述べた「前提」の差が影響するように思われる。一例を挙げれば、血液採取等の「科学的父子鑑定」にさいする強制を是認するか否か、是認するとすれば直接強制まで認めるか、などがその例である。なぜなら、単に不平等であるから但書削除を提案する場合と、血縁主義を重視するという認識から但書の削除を主張する場合とは、削除後に指針とする方向性、平たくいえば目指す方向が、かなり違ってくると思われるからである。

(b) 期間延長必要説

父が生存している場合には、生前認知には出訴期間の制限がない。この規定との均衡上、死後認知の三年という「期間が短すぎる」という批判である（古くから指摘される論法である）。これに対しては、たとえば、死後認知の出訴期間が突然に始まるものではない、生前認知の出訴期間について死後認知の期間が始まる。ゆえに、「比較すること自体が適切な問題提起ではない」（岡光・前掲論文一六頁参照）、という批判がみられる（ちなみに、生前認知の出訴期間すら、これを制限すべき旨の主張がみられる。我妻栄・親族法二四四頁、六一一年）。

第一に、結局のところ、立法論としての結論は、生前認知の訴えの期間をも含めて、子の出生後一定期間に限って訴えを認めることになるのであろう（たとえば、利谷・前掲書二八三頁による指摘）。他方、解釈としての態度は明確ではないが、原則として出訴を三年で制限する判例の結論も止むなし、と導くのではないかと思われる。

第二に、血縁主義の面からみれば、「早期安定重視説」に比べると若干ではあるが、真実への途を開くことになるが、「一定期間」（この長さによって評価が大きく変わる余地のあることは別として）経過後の修正を遮断するのであるから、早期安定を重視するとまではいえなくとも、「早期安定尊重説」とでもいえるであらう。

(c) 子の年齢基準説

生前認知をも含めて、子の年齢（たとえば、子が一八歳まで、または成年後二年まで）により、出訴制限しようとする見解もみられる（利谷・前掲書一八三頁の指摘による）。

第一に、たとえば子が二二歳になるまで出訴するのを認める場合を例にとれば、期間の長さによって評価が異なつてこようが、死後認知に視点を置けば、たとえば死後一八年経過後の出訴が可能な場合もあるが、死後は全く出訴が許されない場合も生じよう。それゆえ、出訴期間の果たす機能が個々の事件ごとに（とくに子の年齢と父の生死により）異なつてくることになる。この説に対しては、たとえば、父死亡から長期間経過後の裁判に伴う問題点を考えると、父の死亡から三年という基準時の前後で扱いを変える現行法の方が、より合理的との批判がみられる（岡光・前掲論文一七頁）。

第二に、血縁主義の視点からみれば、① 子が一九歳の時点で父が死亡すれば、出訴まで三年余の余裕があるが、② 子が二五歳のときに死亡すれば、出訴の余地は全くない。ゆえに、血縁主義の面からみれば、右の例においては、①の場面では真実に近づく途が拡がるが、②の場面では現行法以上に真実への途を狭くすることになる。現行法以上に真実主義から遠ざかることを許容する論拠が、今後とも議論されるべきであろう。

(2) 若干のコメント

第一に、既存の学説をマクロの面から評価すると、従来の学説の認識には、(1) 時の経過により事実の確定が困難になる、父が死亡している場合はなおさらである、(2) 認知の期間を長くすれば、いい加減な認定になりがちである（たとえば、岡光・前掲論文一五頁は、これを強調する）、という拭いがたい思い込み、ないし偏見があるように思われる。

たとえば、つぎの主張がそうである。「確かに一般的には時の経過により事実の確定が困難になることは否定できない。しかし、子の出生後長年月が過ぎても、父が生存しているならば、証拠が子たる原告側に片寄って生物学的な血縁関係の認定の客観性の担保が弱いものとなるおそれは少ないだろう」(岡光・前掲論文一七頁)、と述べて、出訴期間については、父が死亡しているか否かを最も重視する。これひとえに証拠の出現可能性を最大限重視するからにほかならない。

この常識ないし経験則は、一般論としては、一応はあたっている。筆者も、これら指摘をすべて誤りだと評価する意思はない。筆者の強調するのは、(1) 時が経過していても、子が生まれた頃とさほど変わらない父子鑑定が可能の場合、または、(2) 父が死亡し長期間経っているが、父の生存中に劣らない、ないしはそれに近い父子関係の存在証明が可能な場面、での扱いを問題にしているのである。科学の進歩により、そのように鑑定することが可能な場面が飛躍的に増大しているのである(後述する法医学の発展についての紹介を参照されたい)。

第二に、利用される、ないしは利用可能な証拠を比較する意味でいえば、昭和一七年頃の親子関係の存在の証明方法は、証拠の殆どが状況証拠(当時二人は拳式同棲していた、長く交際していた、など)に、当事者の証言をプラスして、総合的ないし経験的に父子関係の存在を肯定したのである。このような方法で生ずる誤差、すなわち誤った認定の生ずる可能性は、理論的にはかなり多いことが推測できる。誤差の率は、今日の科学をもってする鑑定の比ではないであろう。

つまり筆者は、期間という制限を緩めても、「科学的鑑定」に依拠しているかぎり、認定という判断はけっして緩くはならない(いい換えれば、虚偽の父子関係の出現する危険が増すわけではない)、むしろかつてに比べると遥かに事実(「真実」)に限りなく近い結果が保障されている、と主張しているのである。

4 父子鑑定技術の進歩

以下では、法医学の領域で父子鑑定がどのように行われているかを具体的に示しておこう。父子鑑定全般については、別稿で比較的詳しく紹介しているので、ここでは繰り返さない（拙稿「血統訴訟と父子鑑定の新しい波」判タ八三七号一七頁以下参照、九四年）。本稿のテーマに則して、死後認知についての父子鑑定技術の進歩を記述するにとどめる。

(1) 法医における父子鑑定

(a) 鑑定技術一般

父子鑑定技術の進展は著しい。かなりの法律家にイメージの浮かぶ例を挙げれば、筆者がこの原稿を著すのに用いているパーソナルコンピュータの技術革新の速さを思い浮かべていただきたい。まさに、驚異的なスピードで進歩していることは、多くの論者が見聞していることであろう。これに対して、父子鑑定技術の進展は、読者の目にはとまっていないであろうが、パーソナルコンピュータやソフトウェアのそれに劣らない速さで進んでいるのである。進展のスピードは、法律家、ことに民事関係の法律家にはついていけないぐらいの速さである。九〇年代における父子鑑定の主流は、白血球による鑑定と、DNA鑑定である。ことに後者は、一九八五年に開発されたいわゆる「DNAフィンガープリント(法)」に基づく新しい鑑定により、全く新しい展開段階に入ったと評価できるであろう。

(b) 父死亡後の父性判定に関する、法医の領域での研究状況

第一に、法医（＝法医学）の領域でも、父親の死後に残された子との父子関係の存否を鑑定するという意味での父子鑑定を行う研究は、多いというわけではない。研究が始まってから日が浅いことを考慮すれば、無理もないことである。目下のエースであるDNA鑑定についていえば、前述したように一九八五年にその手法が発見され、鑑定法の改善がつぎつぎに加えられているとはいえ、それからいまだ一〇年経ったにすぎず、当初は、同一性の鑑定と、父の生存するケースでの鑑定、すなわち生前認知での父子鑑定が主流を占めていた。このような研究状況にあったから、死亡した父と子との父子鑑定はいまだ研究の進展途上にあるという状況である。にもかかわらず、素人である筆者の目にも、かなりの数の研究業績が目にとまる程である。

「かなりの数の研究業績」と表現したが、家族法学者によって著されたそれは、筆者の研究を除けば、殆どないに等しい。後学のため、文献名を列挙しておけば、――

① 松永英「両親とみなされる者が死亡している場合の父子鑑定例」日本法医学雑誌二二卷三八五頁、六八年、中島八良「死亡した男の同胞の血液型結果にもとづいて父子鑑定を行った一例」同誌三二卷八五頁以下参照、七八年。

② 浅野稔ほか「父と擬せられる男、母、あるいは両者が死亡している場合の血液型による親子鑑定――その方法と有効性について」同誌三四卷一〇九頁、八〇年。

③ 松本秀夫ほか「興味ある父子鑑定例」犯罪誌四六卷一四頁以下、八〇年。

④ 何川涼「我々の教室における親子鑑定の現況」岡山医学会雑誌一〇二号二八一頁以下、とくに二八三頁参照、九〇年。
などがみられる。

第二に、われわれにとってより有用なのは、もっと新しい研究である。ごく最近の九二年以降の文献を拾ってみると、左記の論文が目にとまった。

⑤ 那谷雅之「Single locus DNA probe を用いた親子鑑定」日本法医学雑誌四五巻、九一年、とくに一四三頁では、死亡している親とのDNA鑑定による成功例を報じる。

⑥ 前記④・⑤と同様に、男性死亡後に父子鑑定をDNA検査により成功した例として、中村茂基ほか「DNA解析による親子鑑定例」日本法医学雑誌四六巻補冊九七頁（九二年）、山田良広ほか「法医実務におけるDNA分析」『DNA多型の新しい展開』（第一巻、九三年所収、一三六頁以下）。

これらの論文では、鑑定結果として「有用な成績が得られた」というにとどまり、詳細は明らかではない。ただ、山田論文では、愛人の子から亡父との認知を求めた事件（本妻、本妻との子四人、愛人、愛人の子二人がすべて生存する）において、マルチローカスプローブとシングルローカスプローブの双方を用いることにより、かつての死後認知鑑定に比べて有用であることを明言していることは、今後の鑑定の方向性を暗示するように思われる。ちなみに、愛人の二人の子はいずれも亡父の子であると父性を「肯定する鑑定」がなされている。

⑦ 前記⑥論文に比べて、那谷雅之ほか「半同胞尤度比を用いたDNA多型による半同胞鑑定」日本法医学雑誌四七巻四八六頁、九三年、論文は、統計学的処理をも示した詳細な内容となっている。この論文では、父も子A・子Bの母（母は別人）とともに死亡後に、AとBの父親は同一人物か、という判定が可能であるとの結論が導かれている。一九八五年以降に登場したいわゆるDNA鑑定の成果の一つである。

⑧ 中村茂基ほか「DNA多型の親子鑑定への応用」『DNA多型研究の新しい展開』（第一巻）九三年所収、四九頁以下では、二一例の親子鑑定例の報告があり、うち八例は死後認知請求に関するものである。同じ『DNA多型……』（第一巻）に収録される、田村明敬ほか「VNTRマーカーの親子鑑定における有用性」五三頁以下論文で

も、親子鑑定例七例中四例は父が死亡しているそれである（その他に、亡母との鑑定報告も含まれる）。鑑定の結果、四事例中実に三事例については亡父と子との父子鑑定が肯定されている。論者によれば、表題マーカーによる鑑定が、当事者の死亡している場合にも有用であることを明言する。

⑨ 篠塚達夫ほか「親子鑑定試料からのDNA解析（第三報）」『DNA多型研究の新しい展開』（第二巻）九四年所収、九九頁以下では、「DNA多型解析が有力な手段となる」旨が明言される（同論文九九頁）。さらに、中村茂基「DNA多型の親子鑑定への応用（Ⅱ）」『DNA多型……』（第二巻）所収、一〇三頁以下でも、死後認知請求における鑑定結果が詳報される。中村論文の内容は、本稿でもその研究結果を紹介しているので、後述(2)(c)を参照されたい。

⑩ 那谷雅之ほか「擬母が死亡している母子鑑定例」『DNA POLYMORPHISM 第三回学術集会・抄録集』所収、九四年一二月（詳録本誌が九五年に出版される予定である。読者はそれを参照されることを勧める）五八頁参照。同抄録集でも、親子鑑定に係わる報告が四例みられるが、右の論文が死後の親子鑑定に係わる。子は一人であるが、問題の子を含め、その上三代にわたる家系の血液検査を行い、母子鑑定を行っている。結論において、「同一母系でないにもかかわらず偶然に塩基配列が一致する確率は六一分の一」であると報告される。抄録では明言されていないが、母子と推認しているよい例であろう。

第三に、将来の展望を交えていえば、①生前の父子鑑定は実用性の点ではほぼ完成の域に達している、②その成果が死後認知に応用される形で研究が急速に進んでいる、③数年前より、DNA鑑定が主流を占めており、今後この方向は変わらないであろう、④死後の父子鑑定技術も、今後一〇年も経てば生前のそれに劣らない進展を遂げることが予測できるが、今日でも十分に有用である、⑤有用か否かは鑑定法によるのではなく、試料の存否、ことに複数の嫡出子が存在するか否かに掛かっているといっても過言ではない。そのことの理解を得るため

に、後述(2)(c)では鑑定方法を具体的に示しているので、それを参照されたい。

(2) 死後認知にさいする父子の鑑定方法

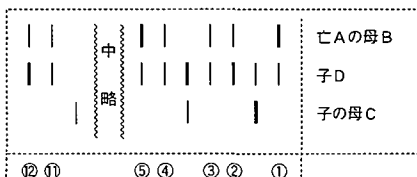
ここでは、二つの鑑定を示そう。後に示す例の方が、最新の研究といえるが、読者の理解を深める意味で、より単純な方法をも挙げておく。

(a) DNAフィンガープリント(法)

まず、結果の比較という点では、理解が簡単な例から示そう。父母のうち、ことに父が死亡している場合には、たとえば死亡した父の親族、一般的には父方の祖父母、または死亡した男性の嫡出子などをバイパスとして、死亡した父のDNAバンドを推測する方法をとるのが通例である。

下の〔図1〕に基づいて説明する(例は、帝人『DNAフィンガープリント』〔改訂版〕七頁、九四年、の例より借用・編集した)。例示したような身分関係において、子の父と思われるA男は死亡している。そこで、A男の母親Bの協力を得て、A男と子Dの父子鑑定を行うという例を想定していただきたい(現実のバンドの数は、子四七本、母四二本、B女四三本である)。ここで子とB女と一致するバンドが一九本であり、うち一二本が両者のみに共通する特異バンドであるとする。子の父由来一二本のうち、一二本が亡Aの母B女に由来する。そのような場合にあつては、「非血縁者である亡男の母と〔子Dの〕母のバンドは七本が一致し、一致率は一六・五%であった。安全のため非血縁者間のバンドが一致率を二五%とし、一二本のバンドが一致する確率を求めると約一七〇〇万分の一」となる。したがって、例示のケースでは、子と

〔図1〕



〔表1〕 検 査 項 目

赤血球型	血清型	酵素型	HLA 型	DNA 型
ABO	GC	ACP	HLA-A	YNH 24
MNSs	HP	PGM	HLA-C	HLADQ α
Rh	BF	ESD	HLA-B	D 1 S 80
P	IF	GPT		
Jk	C 1 R	PGD		MZ 1.3
Fy	C 2			
Le	C 6			
	C 7			
Se	C 8I			
	F 13 A			
	F 13 B			
	PLG			

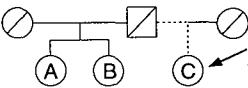
〔表2〕 鑑定例（死後認知請求事件）の概要

事件 番号	補助参加人数	血 液 型 (25 形質)	DNA 型 (MZ 1.3, YNH 24, DQ α , D 1 S 80)
1	嫡出子 2 名	0.9938	否定されず
2	嫡出子 1 名（男の血液残存）	否定	MZ 1.3 (32.1%)
3	嫡出子 1 名（男の血液残存）	否定	MZ 1.3 (22.5%)
4	嫡出子 2 名	0.2010	MZ 1.3 (28.2%, 34.6%)
5	妻, 嫡出子 3 名	0.9959	否定されず
6	妻, 嫡出子 2 名	0.9698	〃
7	妻, 嫡出子 2 名	0.9765	〃
8	嫡出子 5 名	0.9991	〃
9	妻, 嫡出子 5 名	0.999994	〃
10	妻, 嫡出子 4 名	0.99998	〃
11	妻, 嫡出子 1 名, 同胞 4 名	0.8806	〃
12	嫡出子 2 名	0.9628	〃
13	妻, 嫡出子 3 名	0.9966	〃
14	妻, 嫡出子 2 名, 同胞 3 名	0.99993	〃
15	妻, 嫡出子 1 名	0.8664	〃
16	同胞 6 名	0.93318	〃

〔表3〕 事例4における父権肯定確率
および MZ 1.3 の共通率

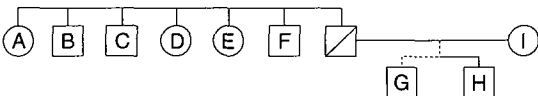
検査項目	父権肯定確率	総合確率
赤血球型	0.5979	0.5979
血清型	0.7238	0.7958
酵素型	0.6217	0.8650
HLA 型 (B 座)	0.0378	0.2010
DNA 型	0.0048	0.0012
MZ 1.3	$R_{BC} = 28.2\%, R_{AC} = 34.6\%$	

〔図 2〕 血液型検査成績 (事例 4)



	A	B	C
ABO	A	O	A
MNSs	MNSs	Nss	MNSs
RH	CcDEe	CcDEe	CcDEe
P	P1-	P1-	P1-
Fy	Fy (a+b+)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)
JK	JK (a+b+)	JK (a+b-)	JK (a+b+)
Le	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)
Se	Se	Se	Se
GC	2-1S	1S-1S	2-1S
HP	2-1	2-2	2-2
BF	S	S	FS
IF	B	B	B
C1R	2-2	2-1	4-1
C6	B	B	B
C7	2-1	2-1	1-1
C81	AB	AB	A
F13A	1-1	1-1	1-1
F13B	3-3	3-3	3-3
PLG	AM5	A	AM5
ACP	BA	BA	BA
PGM	1A1B	1A	1A
ESD	2-2	2-2	2-1
GPT	1-1	2-1	2-1
PGD	A	A	A
HLA-A	A 2, Aw33	A 2, Aw33	A 2, A 24
HLA-B	B 44, Bw60	B 44, Bw60	B 7, Bw46

〔図 3〕 血液型検査成績 (表 2 での事例 16)

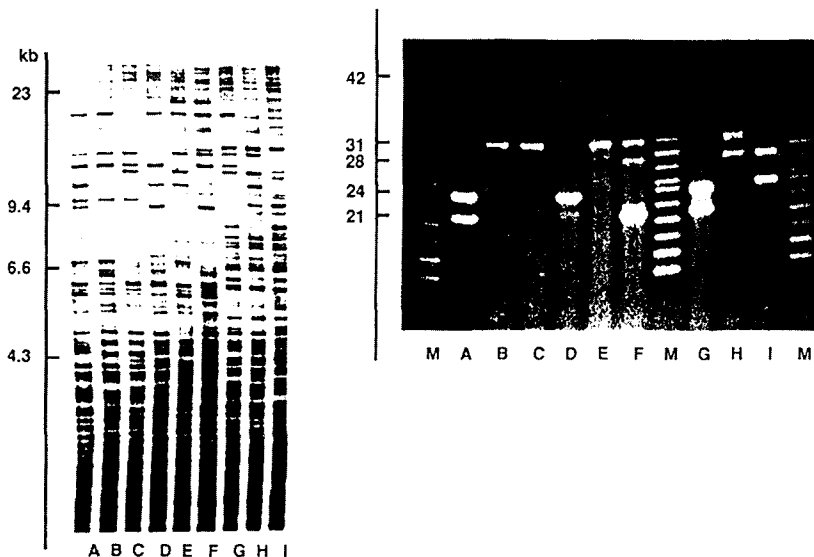


	A	B	C	D	E	F	G	H	I
ABO	A	AB	O	O	B	A	B	B	O
MNSs	MNSs	MNSs	Nss	MNSs	Mss	MNSs	Mss	MSs	MSs
RH	ccDEE	ccDEE	ccDEE	ccDEE	ccDEE	ccDEE	ccDEE	ccDEE	CcDEe
P	P1-	P1-	P1-	P1-	P1-	P1-	P1-	P1-	P1-
Fy	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)	Fy (a+b-)
JK	JK (a+b+)	JK (a+b+)	JK (a+b+)	JK (a+b+)	JK (a+b+)	JK (a+b+)	JK (a+b+)	JK (a+b+)	JK (a-b+)
Le	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)	Le (a-b+)
Se	Se	Se	Se	Se	Se	Se	Se	Se	Se
GC	1F-1F	1F-1F	2-1S	1F-1F	1F-1F	1F-1S	2-1S	2-1S	1F-1S
HP	2-2	2-2	2-2	2-2	2-2	2-2	2-2	2-2	2-2
IF	B	B	B	B	B	B	B	B	B
C1R	3-1	3-1	3-1	3-1	3-1	3-2	3-1	3-2	2-1
C6	AB	B	B	AB	AB	AB	AB	B	B
C7	1-1	5-1	1-1	1-1	1-1	1-1	1-1	1-1	1-1
C81	AB	B	AB	B	AB	B	AB	AB	AB
F13A	1-1	2-1	2-1	2-1	1-1	2-1	1-1	1-1	1-1
F13B	3-3	3-3	3-3	3-3	3-3	3-3	3-3	3-3	3-3
PLG	AM5	A	AM5	A	AM5	A	AM5	A	A
ACP	B	B	B	B	B	B	B	B	B
PGM	1A2A	1A	1A	1A2A	1A2A	1A	1A2B	1A2B	1A2B
ESD	2-2	2-1	2-2	2-1	2-1	2-2	2-1	2-1	1-1
GPT	2-1	2-2	2-1	2-2	2-2	2-1	2-2	2-1	2-2
PGD	A	A	A	A	A	A	A	A	A
HLA-A	24, 26	26, -	2, 24	2, 26	26, -	26, -	11, 24	24, 33	11, 33
HLA-B	60, -	52, 60	39, 52	39, 60	60, -	60, -	- , 52	44, 52	- , 44

〔図4〕 DNA 多型の親子鑑定への応用

(A) MZ 1.3 によるフィンガー
プリントパターン (事例 16)

(B) D1S80 型 (事例 16)



(b) 最近の父子鑑定の実情

B女とは第二度血縁者すなわち孫と祖母という関係にあるといえる。このことから、子の父は亡A男であると断定してもよい、と判断されたわけである。

最近の研究では、従来から知られる血液型による父性（法医の世界では、「父権」と称されるのが通例である）の存否の鑑定と、DNA検査（これも各種の検査方法が報告、利用されている）によるそれとが併用されるようである。（表1）～（表3）と（図2）～（図4）に示した例は、法医学の領域では先行研究が全く存在しないので、法医学の文献より借用した（中村茂基ほか「DNA多型の親子鑑定への応用（Ⅱ）」前掲、一〇三頁以下より拝借した。同様の文献として、那谷雅之ほか「擬母が死亡している母子鑑定例」前掲、五八頁などをも参照されたい）。

(c) 図表の補足説明

これら図表の理解を高めるために、若干の補足説

明をしておこう。

「一般に、親子鑑定は赤血球型、赤血球酵素型、血清型およびHLA型等により行われているが、孤立否定、バリアントや死後認知請求事件などではDNA多型解析が有力な手段となる」(篠塚ほか「親子鑑定試料からのDNA解析(第三報)」前掲、九九頁より引用)。補足すれば、父子関係の存在を鑑定するのに、伝統的には(表1)に示したような、いわゆる血液(型)鑑定によって行われていた。わけでも、一九七〇年以降では、一種のみでの「孤立肯定」としては白血球による鑑定が最も有用視されていた。しかし、鑑定試料の制約から、死後の父子鑑定の方法としては、右の篠塚論文にも明言されるように、従来型と併用したDNA鑑定が主流を占める状況にある(左記の具体例を参照)。それでは、どのようにして鑑定されるのであろうか。

前記(表2)は、死後認知請求事件における現実の鑑定結果である。表の記述は左から、1から16までのナンバーは分類するための事件番号、鑑定に協力した者等、血液型による父権肯定確率(表の中でいう「否定」は、血縁関係の存在することが否定されたことを意味する)、DNA鑑定による検査結果を示している。事例2、3、4以外は、父子関係の存在を否定されていない。その結果、父性(法医の表現によれば「父権」)の存在が肯定されることになる。

これら事件のうち、事例4と事例16については、いまだ補足説明を必要とする。まず事例4での血液型による父権肯定確率 $20 \cdot 1\%$ という値は低すぎて、これでは父性の存在は到底肯定することができない。(図2)や(表3)の結果を総合して、総合的父権肯定確率は $0 \cdot 12\%$ と計算された。その結果、原告であるCと、半同胞である嫡出子AやBとの間には、血縁関係が存在する可能性は、著しく低いと判断できるわけである。

最後の事例16の鑑定は最も複雑となる。この例のみ、死亡した男性に嫡出子がいないことが最大の原因である。しかし、幸いなことに、兄弟姉妹(Ⅱ同胞)が六人存在する(図3参照)。死亡した男性に子が二人いるとされ、うち一人の子Gが認知訴訟を提起した。死亡した男性の兄弟は、生前に同人から子種がないと聞いていたので、子

(と称する者) から死後認知請求してきたさいに、子Gにつき、親子鑑定を求めたものである。血液型に基づく父権確立は九三%を超えているから、父性は否定できない。DNAを含めた総合的父権肯定確率は九六・五%であった。この数値は、「非常に父らしい」という範疇に属する結果であるが、さらにフィンガープリント(MFLC)に基づく子Gと同胞との共通率は平均が五四・三%であるから(半同胞の共通率は三〇%から六〇%といわれる)、この検査でも同じく血縁関係の存在する可能性が高いとの結果が生じた(図4の(A)参照)。さらに、D1S80のバンドパターン(図4の(B)参照)でも、子Gと男の同胞(伯父)との間には共通の遺伝子24が存在しており、ここでも血縁関係の存在が推測できる。以上の結果、事例16でも、死亡した父と子との間には父子関係が存在すると鑑定されたわけである。

以上の結果、死後の父子鑑定も可能であり、高い確率を得るには、鑑定試料の存否、ことに嫡出子(正確にいえば、認知訴訟を提起している子以外の子)の存在とその数に依拠していることが知れる。

この現実を前にすれば、死後認知に訴訟期間を設ける必要はなく、期間の点では生前認知と同じ扱いをすればよい、父子関係の存在が証明されなければ、原告である子(通例は認知請求者)が敗訴するという構造でよい、という筆者の主張の方が、現行法の構造よりも、遥かに好ましいことが明らかとなったといえるであろう。

5 むすびに代えて

以下では、父子鑑定技術の進歩や身分関係の早期安定を中心として、出訴期間を存続することの是非に論及すること、本稿のむすびに代えたい。

(1) 筆者の結論

まず、本稿における筆者の結論を簡略に示しておこう。その方が、読者からみて論者の立場と論述の趣旨が分かりやすいであろう。

第一に、中期的展望としての立法論をいえば、現行規定七八七条但書の削除を提案する。すなわち、三年の制限を削除することになるので、出訴期間については、生前認知も死後認知も同じ扱いになる。さらに、削除後にあつても、真実の血縁へ向かうための制度的な保障を確保する必要がある。たとえば、「科学的父子鑑定」（血液検査がその典型例）の採用（法制化）が最も重要である。

第二に、期間を制限する根拠に乏しい。ゆえに、短期的な展望として、親子関係の発生面からみた解釈論としては、三年の制限を緩やかに解し、例外適用を多く認めることになる。たとえば、最大判昭和30年前掲のような事情のある場合には、特別事情を認めてよいであろうと考える。

少し具体的にいえば、出訴期間の経過後においても、父子関係結合（その方法が認知訴訟によるのであれ、父子関係確認訴訟によるのであれ）への途を完全に遮断するのではなく、例外的に真実を反映できる途を認めることが合理的な解決であろう。例外を認める場面は、最も時間をかけて論ずる必要があるが、さしあたりの表現としては出訴しなかったことが「止むを得なかった場合」や、「特別事情があつた場合」、ということになるのである。

第三に、親子関係の効果の面に関しては、従来どおり全面的効果発生方式を維持すべきである。仮に立法により相続権の主張に制限を加えるのであれば、認知訴訟全体の体系を検討する場を設け、その視点から一部効果を制限するかどうかについて議論すべきであろう。

(2) 認知訴訟と出訴期間

ここでは、死後認知を中心に、生前認知との比較、身分関係の早期安定、などの項目を扱い、そのさい、血縁主義をどのように重んずるか、という視点を重視して解説することとする。

(a) 筆者の基本的立場

認知訴訟において、生前認知の場合と死後認知の場合の出訴期間を比べたのが、後掲〔表4〕である。それにより世界のおよその動向が分かるであろう。このような事実を前提として、今後、期間の制限を排除するか、またはたとえば父子関係の早期安定を意図して期間制限を設けるかは、立法政策の問題である。

筆者自身の結論を記しておけば、民法が定める三年の期間制限は廃止し、原告である子に出訴・確認の利益があるかぎり、出訴の途は開いておき、訴訟において子が父子関係の存在を証明できなければ、子が敗訴するという構成が、今後のあるべき姿かと考えている。外国法の例では、ドイツとオーストリアの構成が筆者の提言に近い。

(b) 生前認知と死後認知での出訴期間の違い

生前認知と死後認知について、出訴期間の長さの面からみれば、両者に違いを設けないのが、最近の世界のトレンドである（後掲〔表4〕参照）。ところがわが民法は、かなり極端とも思える違いをみせている。その理由は、意識的なものではなく、結果的なものであろう。まず、わが民法の立法趣旨について振り返っておこう。

死後認知制度を初めて導入した昭和十七年立法が、とくに出生軍人軍属の子の認知を念頭に置いた、いわゆる私生児保護立法であること、期間制限の根拠が証拠の希薄化への恐れと、いいがかり出訴や濫訴の防止にあったこと

は、立法資料からみて疑いがなく（立法趣旨が、「証拠が薄弱ニナル」、「死者ノ名誉ヲ傷ケル」ようないいがかり出訴を防止することになったことは、立法資料から、疑いがなく。これについて、石川・前掲論文五〇二—五〇六頁をも参照）。

ところで、「一七七年法」の立法趣旨は、今日では再検討を要する。なぜなら、――

① いいがかり論について 出訴許容イコールいいがかり許容と捉えるのであれば別だが、「いいがかり出訴」は死後認知固有の問題ではない。死者からの反論が保障されないという意味では、死後の方がいいがかりになりやすいというのは事実であろうが、生前の認知でも、たとえば男性Aがそれなりの社会的地位に位置する人物であれば、虚偽の父子関係を前提とする認知訴訟であっても、十分にいいがかりが成立する。少なくとも、潔白が証明されるまでは、男性Aの名誉は著しく傷つけられているであろうことは、容易に想像がつく。もちろん、父子関係が認められるためには、いうまでもなく、父子関係の存在を証明する必要があるのではあるが、一時的ないし過渡的にせよ「いいがかり」が成立していることには変わりはない。とすれば、いいがかりをさける趣旨から期間を制限するという「いいがかり論」の論拠づけは、期間制限の決定的な根拠とはなりえないであろう。

② 証拠の薄弱化について 立法の当時は、「期間の経過とともに証拠が薄弱化する」と恐れられた。ところが、右にいう「証拠」は人証のみを意味したことは疑いがなく。推測するに、当時のカップルの生活状況等を知る者、すなわち人証ないし人が、転居ないし死亡したりすることにより、証人の存在が知れなくなる危険がある、という趣旨であろう。ところが今日では、科学的父子鑑定の出現により、一種の物証を利用することが可能となっている。父子鑑定の試料が存在しさえすれば、たとえ死後一〇〇年経過していようと、証明が可能となってきたのである。

右①と②の障碍が克服されたためであろう、後掲（表4）の諸外国の法制はいずれも、死後認知について生前認知と比べて異常に短い出訴期間を設けていないのではないかと思われる。仮にこの推論が若干短絡的であるとして

も、出訴期間に差を設けないのが最近のトレンドであるという事実は見逃してはならないであろう。

父子鑑定ではないが、同一性鑑定にあつては、ロシアのニコライ二世の骨らしいと思われたそれが、いわゆるDNA鑑定の結果、同人の骨に間違いないと断定された事実は、われわれの記憶に新しいところである。同一性を鑑定するさいに、DNA鑑定を用いる状況によつては、誤差の生じる危険があるという刑事法分野での危惧はさておき、DNA鑑定が同一性鑑定についての、目下の切札であることは疑いがない。

誤差について付言しておこう。刑事法分野での誤差というのは、「当該」DNA検査により犯人ないし容疑者にされる人物が、日本中で三〇〇人「も」いる。同じDNAを保有する人間が三〇〇人もいるのに、一人の人間が犯人とされる。ゆえにDNA鑑定は危険である、との批判がある。この種の批判は一面でもっともであるが、同じ批判は父子鑑定には妥当しない。父子鑑定の領域での評価についていえば、たとえば、三〇〇が多すぎるというのであれば、DNA鑑定の方法を複数にする（たとえば、マルチローカスプロープを用いた鑑定のほかに、シングルローカスプロープを用いた鑑定を併用するというのも、複数ルートによる鑑定という最も単純な方法である）ことにより、三〇〇という数値を三と減少させることも可能である。

推測するに、慎重なる刑事法研究者は、それでも「DNA鑑定による犯人探しは危険」というであろう。犯罪を犯した犯人探しの局面で用いるにはなお危険性があることは、筆者も同感である。しかし、民事法ことに父子鑑定レベルでの「犯人探し」（すなわち真実の父の発見）の局面では、これで十分である。誤差ないし間違いの生じる余地を避けるために、宇宙開発において「ナサ」が目標としたイレブンナインの確率を要求するのも、一つの方法ではある。

筆者はそこまでの数値を要求しないし、その必要は全くないと思われる。近い将来、おそらく二〇年後くらいには、それに近い値を期待することも可能であろうが、つぎの理由、すなわち、① 刑事法分野と異なり、万一の誤

差ないし鑑定の間違いがあつても、男性Aが死刑や懲役刑を受けるわけではない、②子の心情と無責任(?)ともいふべき男性の責任を求める途を開くには科学的鑑定に頼らざるを得ない、③父とされた男性Aは自分が子の父でないのであれば、その旨の反証を挙げることは科学的父子鑑定のもとではいと簡単である、という三つの理由から、ツーナインつまり九九%の親子の可能性があれば、他の事情をも考慮に加えた総合判断によつて、当該男性を子の父と扱うことに支障はない。誤解をさけるためにいえば、筆者の考えでは、右の数値は十分条件である。

この結論は、少なくとも現行法のもとでの扱いよりは、遥かに、といつて問題があるのであれば、数十歩の前進であることは疑いがないであらう。

第一に、右の考え方を押し進めると、ことに父の死亡後であっても、父子関係の存在を証明することが可能な場面が、「以前と比較すれば」遥かに大きくなったことが知れる。とすれば、あるべき立法の姿としては、「父の死亡後の出訴期間という障碍を設けることはせずに、子に認知の機会を開いておく」という構造を選ぶ方が合理的ないし説得的であることは、いとみやすい道理であらう。

補足しよう。子が父子関係の立証に成功すれば子が勝訴し、立証に失敗すれば父子関係の発生は認められない。つまりは、この点では、普通の民事訴訟法事件と同様に扱うわけである（これに職権探知主義を付け加えるかどうか、の問題は別の問題である）。

第二に、法医学の発達は、筆者の見解をセコンドするのに役立つであろう。ことに最近、正確にいえば一九八五年以降には、いわゆるDNA鑑定による父子鑑定（ないし血縁鑑定）の技術が一段と進んでおり、出訴制限を維持する意味の見直しが検討されるべき時期に来ているように思われる。つまり筆者は、死後認知（父の死亡後の認知請求訴訟）にあつては、出訴制限という、一種の門前払いのごとき規定は削除されるべきであると主張しているのである。

最後に、過去の学説を評価する態度について、付言しておく。我妻教授は、その著『親族法』（二四四頁）において、期間制限を正当と評価される。しかし、その根拠が父性の確定が父性の蓋然性に基づくよりほかに方法がないことを最大の根拠とされる。同書の出版が一九六一年（昭和三十六年）と今から四〇年近く前の執筆であることを考慮すれば、その当時の父性の蓋然性は、今日と比べてかなり不確かなレベルにあったといえるであろう。ならば、まだ確実な父性の確定ができる可能性がある（と考えた）三年内の出訴に限るという結論に傾くのも、一つの解決方法であろう。結局筆者からみれば、我妻教授が今日の「科学的父子鑑定」の実情を正しく認識されれば、その見解を変更されるであろうと思われる。いま筆者は、我妻教授を例として補足説明をしたが、学説変更の可能性は、とくに八〇年までのすべての学説についても同様のことがいえる。

(c) 比較法と眞実主義

筆者が調べた諸国について、若干の法制度を比較しておく。もともと、各国の概要は別稿で紹介済みであるので、ここではその結論を示すにとどめておく（簡潔には、拙稿「死後認知と出訴期間」前掲、七四―七七頁参照）。比較することにより、世界の潮流を知ることができるであろう。

第一に、生前認知との比較においての期間の制限という側面では、わが国を除くすべての国で、生前認知と死後認知の出訴期間は同じ長さである。これは偶然の一致なのであるか。これら諸国に比べると、わが国での扱いは落差が大きすぎることは、誰の目にも明らかである。ここまで違えて扱う合理的根拠はどこにあるのであろうか。筆者にはその理由を見出すことができない。

第二に、期間の長さについていえば、各国でバラエティがみられる。①ドイツやオーストリアでは期間の制限は存在しない。②フランスとスイスは比較的扱いが近い。ただスイスは、重大な事由のある場合や他男の子とし

〔表4〕 死 後 認 知 の 比 較 (筆者作成)

項目		国名	死後認知の可否と 根拠法条		死後認知の訴権者 (申立権者)		出訴(申立) 期間	手続等の主な特色	備考
日 本	・可能 ・裁判認知(民七八 七条但書)	・同右	・子(成年到達後) ・母または後見人 (子の未成年中)	・母と後見人の場合は、 子が成年に達するまで ・子の場合には、子が成年 に到達してから一年以内 (ただし、起算点に要 注意)	・母が成年に達するまで ・子の場合は、成年到達 後一年以内 ・他男との親子関係が存 した場合には、 「重大な事由」に基づ く特則あり	・子 ・母	・同上 (と思わ れる)	・職権探知主義 ・血液(骨)検査等の 協力義務あり ・複数(「多数」交渉 のさい相対的蓋然 性決定方式による)	・「支私の 父(扶養 の父)」「 制度あり (民三四 二条)
フ ラ ン ス	・可能 ・父子関係確定の 「訴え」による (民三四〇条。た だし、出訴要件が 厳格である)	・子(母は子を法定 代理することのみ 可)	・母が代理する場合に は、子の出生後二年内 (事実婚懐胎子等につ いては、特則あり) ・子の場合には、成年後 二年内	・母と後見人の場合は、 子が成年に達するまで ・子の場合には、子が成年 に到達してから一年以内 (ただし、起算点に要 注意)	・母が成年に達するまで ・子の場合は、成年到達 後一年以内 ・他男との親子関係が存 した場合には、 「重大な事由」に基づ く特則あり	・子 ・母	・同上 (と思わ れる)	・職権探知主義 ・血液(骨)検査等の 協力義務あり ・複数(「多数」交渉 のさい相対的蓋然 性決定方式による)	・「支私の 父(扶養 の父)」「 制度あり (民三四 二条)
オ ー ス ト リ ア	・可能 ・父性確定の「訴え」 による(民一六四 条c項第二項)	・子 ・亡父の権利承継者	・確認の利益あるかぎり ・期間の制約はない(と 思われる)	・母と後見人の場合は、 子が成年に達するまで ・子の場合には、子が成年 に到達してから一年以内 (ただし、起算点に要 注意)	・母が成年に達するまで ・子の場合は、成年到達 後一年以内 ・他男との親子関係が存 した場合には、 「重大な事由」に基づ く特則あり	・子 ・母	・同上 (と思わ れる)	・職権探知主義 ・血液(骨)検査等の 協力義務あり ・複数(「多数」交渉 のさい相対的蓋然 性決定方式による)	・「支私の 父(扶養 の父)」「 制度あり (民三四 二条)
ス イ ス	・可能 ・父性確定の「訴え」 による(民二六一 条二項)	・子 ・母	・母と後見人の場合は、 子が成年に達するまで ・子の場合には、子が成年 に到達してから一年以内 (ただし、起算点に要 注意)	・母が成年に達するまで ・子の場合は、成年到達 後一年以内 ・他男との親子関係が存 した場合には、 「重大な事由」に基づ く特則あり	・母が成年に達するまで ・子の場合は、成年到達 後一年以内 ・他男との親子関係が存 した場合には、 「重大な事由」に基づ く特則あり	・子 ・母	・同上 (と思わ れる)	・職権探知主義 ・血液(骨)検査等の 協力義務あり ・複数(「多数」交渉 のさい相対的蓋然 性決定方式による)	・「支私の 父(扶養 の父)」「 制度あり (民三四 二条)
(旧)東ドイツ	・可能 ・(通常)裁判所へ父 子関係確定の「訴 え」を提起する (家五四条二項・ 五六条一項)	・子(成年到達後) ・母または後見人 (子の未成年中)	・母と後見人の場合は、 子が成年に達するまで ・子の場合には、子が成年 に到達してから一年以内 (ただし、起算点に要 注意)	・母が成年に達するまで ・子の場合は、成年到達 後一年以内 ・他男との親子関係が存 した場合には、 「重大な事由」に基づ く特則あり	・母が成年に達するまで ・子の場合は、成年到達 後一年以内 ・他男との親子関係が存 した場合には、 「重大な事由」に基づ く特則あり	・子 ・母	・同上 (と思わ れる)	・職権探知主義 ・血液(骨)検査等の 協力義務あり ・複数(「多数」交渉 のさい相対的蓋然 性決定方式による)	・「支私の 父(扶養 の父)」「 制度あり (民三四 二条)
ド イ ツ	・可能 ・後見裁判所への親 子関係確定の「申 立」により行う (民一六〇〇条n 第二項)	・子(夫の死亡後) ・母(子の死亡後) ・母(夫と子の双方 死亡後。ただし多 数説による)	・直接に制約する規定 も学説もなし	・後見裁判所へ 申し立てる期 間の制約なし (通説・裁判 例)	・職権探知主義 ・血液(骨)検査等の 協力義務あり ・複数(「多数」交渉 のさい相対的蓋然 性決定方式による)	・子 ・母	・同上 (と思わ れる)	・職権探知主義 ・血液(骨)検査等の 協力義務あり ・複数(「多数」交渉 のさい相対的蓋然 性決定方式による)	・「支私の 父(扶養 の父)」「 制度あり (民三四 二条)

て身分登録されていた場合については例外的な扱いがなされ、それが機能的には血縁主義に近づく保障となるので、血縁主義への接近という視点からみれば、ドイツ法に近づくことになる。

第三に、血縁主義をどの程度まで志向するかをみれば、①ドイツ・オーストリア、②スイス、③フランス、の順に、血縁主義に近づく保障を提供する法制といえる（なお、血縁主義志向度を位置づけるにあたっての留意点については、拙稿「血統訴訟と父子鑑定の新しい波」前掲、三五頁参照）。これをわが国と比べると、生前認知のレベルではドイツに近づくが、死後認知レベルになると、フランスよりも遥かに血縁主義にはほど遠い立法であることが知れる。

では、生前認知レベルでは、ドイツレベルに達しているか。右でドイツレベルと表現したのは、期間の長さだけをみた位置づけである。血縁関係の存否を探索検査強制義務や複数交渉にさいする蓋然性決定方式の採用を加味すると、わが認知制度は血縁への志向度の弱い立法といわざるを得ない。その結果は、当然に死後認知のさいの血縁主義志向度にも表れている。一例を挙げれば、フランスですら、八九年には判例法理により、検査強制を認めるに至っている。わが国では、検査の強制を認める法律はない。強制は無理であろうから、たとえば遺産分割を巡る争いにおいて、嫡出子等の協力が得られるか、疑問であろう。

(3) 出訴期間と身分関係の早期安定

早期に安定させる必要があるのか、相続権の主張は制限すべきか、などの問題を中心に述べるにとどめる。

(a) 死後認知制度の果たした機能

死後認知の制度は、明治民法当初から存在したものではなく、周知のように昭和一七年に新設された制度である。戦前のわが国では、挙式後速やかに届出のなされることは比較的少なく、子の出産前後に届けることが多かつ

たようである。一七年の制度が設けられる前までは、父が死亡すれば、たとえ真実の父と判っていても、認知の訴えを提起することは許されなかった。その意味では、筆者が本稿で問題としている場面と状況が似ている。それはともかく、「当時は」この制度の新設によって多くの子が救われ、真実の父を晴れて法律上の父とすることができた。筆者の視点から表現すれば、「血縁（関係）」が存在すれば、「登録（戸籍の記載）」を訂正し、真実ないし血縁関係を反映する途が開かれたわけである。その意味では、真実主義に近づく重要な役割を果たした制度であると、積極的な評価を与えることができる。

ところで、三年以内に出訴し、親子関係が認められた裁判例も少なからず存在するであろうことは疑いがない（たとえば、広島地裁福山支審昭和27年2月22日下民集三卷二二二頁、福島家審昭和36年12月22日家月一四卷九号一〇一頁、広島地裁呉支審昭和39年4月6日判時三七二号三九頁、徳島地判昭和42年1月21日判時四七六号四八頁、長野地判昭和43年5月15日判時五二六号七六頁、大阪地判昭和55年3月31日判タ四二五号一四三頁など）。ところが「今日では」、この三年という制約がむしろ弊害となっている。なぜなら、もし三年の制約がなければ、たとえば死後一〇年を経過していても、父子関係の存否を確認する利益ある者が認知訴訟を出訴することができはらずである。いま筆者は一〇年という年数を示したが、かつてわが国でも、一〇年後でも出訴可能という特別法を制定したという事実がある（昭和二四年法律第二〇六号「認知の訴えの特例に関する法律」により、特別の事情のあるときは親の死後一〇年まで認知の訴えが許容された）。

時代背景と当時の父子鑑定技術の水準を考えれば、そのような特別法の規定のもとでは、三年の場合よりも、父子関係の証明に至る制約は必然的に緩やかとなる。いい換えれば、現実はともかく、理論的には非真実の父子関係の発生する余地を残していたといえる。もちろん死後認知の制度自体が当時の国策に従った政策規定であり、当時の状況を考慮すれば、それなりに妥当性のある法規でもあるだろう。このような一〇年規定の存在したことを論拠に現行法を批判するのは余り生産的ではない。生産的ではないが、事実として記憶しておくべきであろう。

この問題を取り上げた一つの理由が、このような機能の変換を指摘することにある。かつては子のためにつくった制度が、子に不利益に働く危険があり、事情の変更、すなわち科学ないし法医学のレベルでは死後の父性鑑定も可能となっているので、期間制限を再考する必要がある、と考えるからである。

(b) 血統訴訟と出訴期間

嫡出否認の場合は一年、死後認知の場合は三年、といずれも出訴期間の制約がある。期間の長さだけをみれば、前者の方が期間が短いので、それだけ問題が深刻ともいえる。しかし、否認訴訟の場面では、「夫の子との推定が及ばない」という理論構成により、また「二三条審判」の土俵のなかという少なからざる場面で、出生認識のときから一年を過ぎた出訴が認められているのが実情である（最近の諸外国の動向を踏まえた研究として、たとえば、拙稿「子による嫡出否認の比較（1）・（2）完」本誌一八巻三号・四号、九四年・九五年を参照）。つまり真実主義の視点からみれば、否認訴訟の領域の方が厳格である、と軽々にはいえない状況にある。それはともかく、本稿の対象は死後認知であるので、否認訴訟との比較は別の機会に検討することにしよう。

(c) 早期安定の要否

身分関係は早期に安定させなければならないのであろうか。たとえば、非嫡出子という身分が「一応なりとも」確定していなければ、非嫡出子としての相続権の主張ができないというのであれば、とりあえず、争われる関係の前提問題としてでも、これを確定する必要がある。この意味での早期安定であれば、筆者も身分関係の安定を認める必要があると考える。

ところが、一般にいわれる「身分関係の早期安定」という表現のもとでは、一応の確定ではなく、将来にわたり

「反証を認めない確定」を意味するのが通例である（裁判例のなかには、前記の「特別法」の存在を見落とした裁判官のミスにより認知訴訟が却下され、のちに再審が許された例がある。これなど、例外中の例外である）。筆者が問題とする「早期安定の要否」とは、この場合を前提としている。血統訴訟ないし出自訴訟全体にわたる検討はさておき、こと死後認知にあつては、そのような必要性は乏しいと思われる。

右の主張の根拠について、かつて筆者はつぎのように述べたことがある（拙稿「血統訴訟と父子鑑定の新しい波」前掲、三五―三六頁参照）。筆者の基本的な出発点であるので、これを引いておこう。「何年までに制限して、身分関係の早期安定の要請との整合を図るべきなのか、筆者には、成案がない。いなむしろ、身分関係の早期安定をはかる必要があるのかについて、疑問を抱いている。立法論として血縁主義を重視すればするほど、出訴期間との制約は、これを除くべきように思われるからである。というのは、出訴期間を設けることは（その長さにもよるが）、その逆の機能、すなわち血縁主義から遠ざかるという働きをすることになる。血縁主義を犠牲にしてまで、早期ないしできるだけ早く父子関係を確定すべし、との価値判断は何を重視しているのか疑問だからである。筆者の方向としては、確認の利益があるかぎり認知の出訴を認める……、制約は確認の利益のない場合に限られる……、との方向へ構造を変える方がベッサーではないかとの印象を抱いている」。

結局、筆者の見解によれば、(1) 戸籍簿において非嫡出子と登録されているのであれば、反証がないかぎり、公の帳簿の記載を信頼して、これに基づく権利の主張を認めるほかない、(2) 反証があれば、父の死後三年を経過していても、父の行った任意認知の無効を主張することを認める（これは現行法のもとでも可能である）、(3) 死後認知訴訟の出訴にさいしては、父の死後三年を経過していても、出訴可能と改正する（条文のうえでは、証明の程度の問題を別とすれば、但書のみを削除する）、ということになる。

最後に、現行法においても、たとえ死後認知であつても、直系卑属がいれば、三年の制限がない。財産面を重視

しすぎる扱いではないだろうか。裁判例においても、原告側弁護士の疑問、すなわち、法的安定性を根拠に出訴制限を根拠づけるが、卑属の存在する場合には、なぜ除外されるのか、合理的な説明がない（たとえば、大阪高判昭和60年12月25日判タ五九九号六四頁の原告はこの方向での主張をする）という疑問はもつともである。

(4) 時事問題——とくに相続権の主張の制限

(a) 相続権の制限と加藤説

死後認知が認容され、非嫡出子と認められたあとも、非嫡出子からの相続権の主張を制限すべきであると主張する有力説がみられ、九四年公表の「試案」もその方向での検討の必要性を明らかにしている。死後認知にとつても重大な問題であるので、若干の検討をしておく。

まず、これを主張する加藤教授の見解を示そう（加藤一郎「非嫡出子の相続分について」ジュリスト一〇四二号とくに六六頁以下参照、九三年）。

死後認知に関して、加藤教授が挙げられる問題点はつぎのごとくである。① 死後認知訴訟は検察官を相手としてなされるので、正妻も嫡出子が知らないうちに認知が認容される可能性がある、② 検察官から連絡を受けても正妻等は「十分な反証をあげることができないことが多い」、③ 認知の遡及効のゆえに、生存していれば父がなしえたであろう生前行為や遺言による調整の機会が失われていて、相続分そのままの請求に应ぜざるをえなくなる。

右の見解のうち、①についていえば、検察官のような公益の代表者を被告にする場合には、いずれの国でも加藤教授の指摘されるような状況にあるようである。現実主義を重視すれば、訴訟方法の一つの選択肢であつて、さほど奇妙でもないのではあるが、制裁等の防御の楯を検討する必要があるであろう。つぎの②についていえば、最大の当事者である父が死亡していることに起因する問題で、死後認知固有の問題ではない。同様のことは、父がした

契約につき残された家族は、「その間の事情を、全くか、あるいはわずかしからず、争うにしても十分な反証をあげることができないことが多い」（加藤教授の表現）ということになるであろう。最後の③についての意見は、父子関係が証明されていることを前提としている。証明あるのに効果の発生を制限するのは、正妻等の迷惑のみを根拠とするのであろうか。

(b) 九四年「試案」における死後認知の扱い

加藤説を問題にするのは、加藤教授一人の見解にとどまっていからである。すなわち、加藤教授が提唱される考え方は、九四年七月公表の家族法改正のための「試案」にも現れている（正式の名称は、『法務省民事局参事官室編婚姻制度等に関する民法改正要綱試案及び試案の説明』という。以下では、単に「試案」と略記する）。重要な問題であるので、説明文を引いておく。

「右の問題（生存配偶者の居住の保護の問題——引用者注）に関連して、死後認知の場合には、当事者ではない相続人にとって十分な防御手段がない場合がある上、生前認知の場合と異なつて、被相続人がその意思によつて財産の承継についての手当てをする余地がなく、相続人に予想外の不利益を及ぼすことも考えられる。そこで、現行の死後認知の要件及び手続を維持すべきかどうか、死後認知の場合にも、生前に認知があった場合と同様に相続権を認めてよいかなどの問題を改めて検討する必要があるが、この点については、今後の検討課題としている。」（試案に添付される「試案の説明」第二部、第五相続、4 その他の問題、の項より抽出）。

(c) 「試案」における死後認知訴訟の制限

試案の説明としては右に尽きる。表現から知りうることは、① 今回の改正提案に盛り込まれるわけではないよ

うである、②しかし、今後、右の方向での改正が検討される、③生存配偶者である正妻の居住権を保護という脈絡で登場しているが、死後認知一般の問題として論じられる危険がある。筆者にとって最も関心があり、かつ本稿で問題とするのは、上記のうちの第③問である。

まず、右の主張が認知訴訟それ自体を制限しようとする場合から述べよう。

加藤教授の表現を引けば、「死後認知をいまさら廃止することは適当ではないであろうから、子が一五歳に達するまでというような、なんらかの制限を置くことが検討に値しよう」。この表現と前後の表現から推測すれば、出訴自体の制限と読める。その前提でいえば、被相続人が行いうる「調整の機会」の喪失は一種の例示的な言い回しであろうから、高齢化に伴い増加する痴呆症の老人を含めていく危険がある。

それはともかくとしても、この主張は、正妻等の迷惑を口実に、身分関係の発生を制限するものであり、血統訴訟全体に重大な影響を及ぼす提案である。真実主義を最大限に重視する筆者は、このような提案には大反対である。もし、このような方向での改正がなされるのであれば、①血統訴訟全体を視座においた改革を、②調整が可能であれば、調整を行った可能性が著しく高いことを、最低限度要求すべきであろう、また、③被相続人が、自己の子の存在を知らない場合の扱い、などについても提案が欲しい。

他方、認知訴訟は認めるが、相続権等の財産的な権利主張を制限するという趣旨である場合はどうか。加藤提案は前述のように読めるが、前述の提案が潰れると第二案として、この種の提案が浮上してくる可能性が高い。この考え方は、財産レベルと身分レベルとで一種のダブルスタンダードを認めるものといえる。この領域でのダブルスタンダードの例としては、今日では過去の遺物となった「扶養の父」が有名である。扶養の父の検討はともかく、近代法の原則では、「身分」と「権利（主張）」とはリンクしているのが原則である（もっとも、過去の扶養料も請求できないこともある。これは、適時に主張したかどうか、に基づく制限であり、ここでの問題とはその質が異なる）。

正妻等の迷惑を根拠とするならば、わが民法九一〇条やドイツの解決（とくに代償請求を認めるそれ）を検討する価値であろう。現物分割請求が不当ないし不適当というのであれば、この種の解決の方が遥かに実現性があると思われる。いずれも、相続分に相当する価額の請求のみを認める制度である（相続代償請求権については、さしあたり、佐藤義彦編『ドイツ相続法』の石尾（担当）とくに六九頁以下、床谷文雄（担当）八三頁以下、八九年参照）。

わが国での議論に繋がる内容を有しているので、相続代償請求権について若干の補足をしておこう。

第一に、ドイツでは死後認知に限定されていない。生前認知の場合にも同じ扱いである。父（および父方）に対する相続については、非嫡出子には、その相続分に相当する代償債権（遺産からみれば遺産債務）、すなわち金銭請求権のみが認められる。

第二に、右の限定が生ずるのは、被相続人のなかに嫡出の直系卑属または生存配偶者が存在する場合に限られる。

第三に、非嫡出子が相続代償請求権を行使するには、相続開始時における父性確認訴訟が継続していることが必要である（『ドイツ相続法』前掲、八三頁参照）。

もっとも、連邦憲法裁判所の判決によれば、その旨を定める一九三四条Cの規定は憲法違反とされるので、その扱いは流動的である。それはともかく、連邦裁判所の決定のなかでの理由づけは、わが国での議論にも示唆的である。すなわち、死後認知後にも長期間の相続請求（ドイツ流にいうと代償請求）は、他の相続人の不利益ないし迷惑を生ぜしめる、法的安定性を害する、といった理由づけは、いずれも説得力に欠け、不平等に扱うべき理由とはならない。嫡出子との平等要請が優先すべきである、と。

(5) 死後認知と残る問題

筆者の提言が実現されても生ずる問題を中心に、たとえば検察官の被告適格など若干の指摘をするにとどめる。

(a) 死亡後の認知無効を求める訴訟の可否

認知者の死亡後（昭和三五年に死亡）に、認知無効の訴えを提起することができるかが争われた事件がある（最判平成1年4月6日民集四三巻四号一九三頁。下級審裁判例の批評として、松倉・批評・判タ六八二号七〇頁参照。最判の批評は多数存在する）。戸籍上の父との（任意）認知の無効、真実の父との認知請求を求めたものである。右の最高裁判決は、人訴二条三項の規定を類推して、子からする認知無効の請求を認めた。一言だけコメントすれば、判例はこの例においても、「父らしい言動」（父母の性関係の存否のほかに、娘である子との交流の存否、母や子への金銭（生活費や養育費）の送付）のないことを、主な根拠としている。筆者からみれば、「父らしい言動」はいわば補助証拠とすべきであり、主たる証拠は「科学的鑑定」に依拠すべきであろう。

それはさておき、判例のパターンは、本稿とは逆のパターン、すなわち父子関係の切断を求めたものであるが、筆者の問題意識からすれば、同類型の問題である。本稿ではこれについては、全く言及していない。今後の課題としたい。

(b) 検察官の位置

第一に、出訴の構造の面では、現行法のもとでも、筆者のいうような改正が実現されても、訴訟の当事者が問題となる。被告は検察官である。では、検察官は調停の合意を行うことができるか。実務に影響の大きい問題であ

る。肯定する見解と否定する見解とがみられる。

① 検察官適格性否定例 非嫡出子（複数）が、検察官を相手として、家事審判法二三条の調停による認知の審判を求めた件について、「家事審判法第二三条の調停により認知の審判を求める……ような場合、検察官が相手方となるべき当事者適格を有するか否かについて検討するに、検察官は調停手続において、死亡者になる実質的合意に親しまないものであることはいうまでもないし、またかかる場合認知調停手続につき人事訴訟手続法第三二条第二項第三項のような規定も存しないので右規定を調停手続に類推適用することも性質上妥当ではない。そうとすれば結局検察官は正當に相手方となり得る当事者適格を有しないものと結論せざるを得ない。

よつて本件は人事訴訟手続によつて処理されるべきであり、調停をするのは適當ではない……」（盛岡家審昭和39年12月1日家月一七卷二四七頁）。

ちなみに、調停場面での検察官の当事者適格が否定されれば、調停手続を経ることが不可能となる。また、調停前置主義の例外として、裁判所が事件を調停に付することは適當ではないと認めるときも、同様に調停手続がとられないことがある（家審法一八条二項但書）。そのような場合において、死後認知事件が調停を経ないことは、違法となるわけではない。この結論は、古くから判例が認めている（最判昭和36年6月20日家月一三卷一〇号八三頁）。

② 検察官適格性肯定例 「検察官が本件調停の相手方となる適格を有するか否かについて考えてみると、互譲や私権処分の場合に行われる調停手続に、検察官の地位や性格が親しまないという実質的理由と、検察官は特別の規定がある場合にのみ当事者適格を有するという形式的理由から否定する見解もないが、家事審判法第二三条は、人事訴訟手続法の簡易手続を規定した特別規定であつてその合意は簡易手続で行うという手続上の合意である。したがつて、その合意は、一般調停手続でなされる合意とは異質のものであり、家事審判法第二三条は終局的には審判という裁判形式で終結するものであるから、実質的には認知訴訟と何等異なるところがないもので、

相手方とすべき者が死亡した後は検察官を相手として申し立て得るものと解する」(福岡家小倉支審昭和39年7月28日家月一六卷一二号五三頁。同旨、福島家審昭和36年12月22日家月一四卷九号一〇一頁も、審判の理由のなかでは明示的には言及されていないが、二三条審判をしている。ゆえに、前提として、検事の適格性を肯定していることになる)。

(c) 嫡出子等の防御方法

最判平成1年11月11日(民集四三卷一〇号一〇八五頁。福岡高判昭和59年6月19日判タ五三九号三四一頁の上告審である)では、亡父の子(養子を含む)側の防戦に言及する。同事件の上告理由では、死後認知が肯定されることによって影響を受ける、亡父の子等の訴訟の告知、証人としての呼出し、検察官からの事情の聴取などがなされるべき旨の保障を求める。これらの手続を全くとられない場合において、死後認知に関する判決が確定したときは、亡父の嫡出子等に再審手続をもって確定判決を争う途を認めるべき旨を強調する。判決は、父の嫡出子は、「右訴えの確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有するものではない」。

再審を求める原告適格のないのはそのとおりであろう。しかし、死後認知の構造において、右上告理由の主張はもっともな点を含んでいるように思われる。

これについて、亡父の嫡出子は、死後認知にさいして、検察官を補助するため訴訟に参加することができ旨を明言する裁判例もみられる(名古屋高裁金沢支決昭和34年2月2日高民集一二卷一号二八頁)。重大な利害関係を有することは疑いがない。立法によつて関与が保障されるまでの過渡的な措置としても、認めて当然であろう。この点は、前述した「いいがかり論」とも関連する。父側に防戦する手だてがないわけではない。さしあたり短期的には、運用により、対応する必要があるであろう。

さらに将来的には、利害関係人への通知を制度的に保障する必要があるであろう。それについては、若干の外国

法が解決の参考となるかと思われる（たとえば、拙著『概説スイス親子法』一三九頁以下参照、信山社、九五年）。

〔要約〕 本稿の結論と理由を要約しておく。

① 結論 死後認知について規定する七八七条但書の削除と、解釈としても三年の制限を緩やかに解すべき旨を提言している。あるべき立法につき補足すれば、出訴期間と証明の方法については、生前認知と同じように扱う。その結果、原告である子が、父子関係の証明に奏功すれば、父子関係の結合を認め、しからざる場合には、原告敗訴と扱うわけである。

② 理由 法医学の進展、とくに父子鑑定技術の進展ぶりを具体的に示した。そこから、つぎのこと、すなわち父が死亡していても、父子関係の証明が絶対に不可能というわけではなく、かつてに比べると、証明できる場合が飛躍的に増大していることが明らかとなった。とすれば、死後認知を著しく制限する合理性が失われている。

（元）

〔付記〕・本稿の執筆にさいし、「民事紛争処理研究基金」から助成を受けた。

・校正の折、清水富美江「親子鑑定について」ケース研究二四三号一三三頁以下（一九九五年）に接した。「DN Aフィンガープリント」にも言及する啓蒙的な解説である。もっとも、死後の父子鑑定への言及はみられない。